

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA CONDITION JURIDIQUE
DES ENFANTS ISSUS DU MARIAGE

PENDANT L'INSTANCE

ET

APRÈS LE JUGEMENT DE DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera présenté et soutenu le Mardi 16 Février 1909, à 4 heures.

PAR

Louis RAVETON

Président : M. Ch. LYON-CAEN, professeur.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
WEISS, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies.

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA CONDITION JURIDIQUE
DES ENFANTS ISSUS DU MARIAGE
PENDANT L'INSTANCE

ET

APRÈS LE JUGEMENT DE DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera présenté et soutenu le Mardi 16 Février 1909, à 4 heures.

PAR

Louis RAVETON



Président : M. CH. LYON-CAEN, professeur.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
WEISS, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1909

INTRODUCTION

Examiner d'après les articles du Code modifiés par la loi de 1886, quelle est la condition réservée à l'enfant dont les parents sont divorcés, rechercher quelle est la situation juridique qui lui était — dans l'esprit du législateur — réservée, et dire comment la jurisprudence a modifié, précisé, étendu cette situation pour l'adapter aux nécessités de la vie, telle est la tâche à laquelle nous avons voulu nous limiter. Car, il ne nous appartient pas de condamner le divorce parce que ses conséquences semblent fâcheuses pour l'enfant. D'autres, soit avant, soit depuis la loi de 1884, ont — en nombre suffisant — épuisé les critiques. Aujourd'hui le divorce est. Et ceux qui discutent sur son opportunité s'attardent peut-être vainement à des discussions dont le seul mérite est d'être quelquefois de jolies choses littéraires.

Le divorce crée pour l'enfant une situation toute particulière, et parmi les critiques que l'on a soulevées pour faire échec à son rétablissement, on a fait

ressortir, que le divorce, en dispersant la famille isolait l'enfant, et que ce dernier se trouvait ainsi dépourvu de ses soutiens naturels.

Le législateur passa outre à cette objection. Et l'on a pu s'étonner de le voir sacrifier à la satisfaction des parents, l'intérêt de l'enfant, alors qu'il semblait, que dans le dernier quart du dix-neuvième siècle, toute la sollicitude du parlement, paraissait s'être portée vers la protection de l'enfance.

Il n'y a cependant aucune contradiction selon nous, entre ce courant législatif en faveur de l'enfant, et cet autre courant qui paraissait revendiquer en faveur des parents, le droit à la liberté (1).

La loi sur le divorce trouve sa place toute naturelle dans l'évolution de la famille à la fin du XIX^e siècle. Et si la loi de 1886, a été dans les rapports des époux entre eux, une loi de liberté, son trait dominant selon nous, fut de porter atteinte à leur puissance sur l'enfant, et de protéger celui-ci contre les égarements des parents.

La sollicitude pour l'enfant, élevée à la hauteur d'une institution remontait, à Jean-Jacques Rousseau, et à ses disciples, les législateurs de la Révolution (2).

1. « Chacun peut exercer contre les barrières vermoulues du devoir, des droits sacrés qui sont ceux de la passion » (Alexandre Dumas fils).

2. Cambacérès dans le rapport qu'il faisait à la convention le 9 août 1793 sur le projet de Code civil, disait : « La voix

Mais vers la fin du xix^e siècle, il semble que le législateur considère que sa mission toute particulière soit de veiller sur l'enfant. Toute une série de lois sont votées pour assurer sa protection : Loi Roussel relative à la protection des enfants du premier âge (23 décembre 1874). Loi sur l'instruction obligatoire (1882). Loi sur la déchéance de la puissance paternelle (24 juillet 1889) et tant d'autres (1).

Cette orientation de la législation a pour origine l'affaiblissement de la famille. Le développement des affaires, de l'industrie, l'activité plus grande, la vie commerciale, industrielle, scientifique, ont eu pour effets — trop certains — la désagrégation de la famille.

« impérieuse de la raison s'est fait entendre : il n'y a plus de
« puissance paternelle : c'est tromper la nature que d'établir
« ses droits par la contrainte : surveillance et protection, voilà
« les droits des parents ; nourrir et élever, établir leurs enfants,
« voilà leurs devoirs. Quant à l'éducation, la convention en
« décrètera le mode et les principes.

« La nourriture ne se prescrit pas mais rien n'est indifférent
« dans l'art de former les hommes.

« Les enfants seront dotés en apprenant dès leur tendre
« enfance un métier d'agriculture ou d'art mécanique... ».

1. Loi relative au travail des enfants dans les usines suivie de nombreux décrets (2 nov. 1892). Loi établissant des circonstances aggravantes pour les parents qui se sont rendus coupables vis-à-vis de leurs enfants de coups et blessures, de privation d'aliments, ou qui les ont abandonnés (8 avril 1898). Loi créant le délit de non représentation d'enfant (5 décembre 1901). Loi sur la prostitution des mineures (15 avril 1908).

La victime a été l'enfant. Le législateur a dû suppléer à la protection qui lui faisait défaut par des dispositions législatives (1).

Une autre cause de dissolution de la famille, plus ancienne, mais qui s'est développée d'une façon inquiétante dans la fin du xix^e siècle, est l'immoralité des parents. Ici encore, le législateur a dû lutter pour que l'enfant soit soustrait aux influences mauvaises de ses parents. C'est en frappant les parents dans leurs droits de puissance qu'il a cru protéger l'enfant (2).

Dans ses dispositions relatives à l'enfant, la loi du divorce se rattache à cette catégorie de dispositions législatives. Son but est de soustraire l'enfant au spectacle de l'inconduite de ses parents ou de l'un d'eux, en le confiant à celui qui en est digne, ou si aucun ne mérite cette charge en le confiant à une tierce personne qui en aura soin. Ainsi elle se rattache au mouvement législatif que nous avons signalé et dont le trait dominant est, nous l'avons dit, de retirer aux parents les droits qu'ils se sont rendus indignes d'exercer sur l'enfant. Il faut reconnaître cependant que la loi du divorce est en la forme, respectueuse de

1. Loi Roussel.

2. Loi de 1882 sur l'instruction obligatoire. Loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle. Loi de 1898 sur les enfants martyrs. Loi du 15 avril 1908 sur la prostitution des mineures.

la puissance paternelle (1). Elle ne prononce pas de déchéance. Elle se borne à confier le droit de garde à l'un des parents ou à un tiers qui en est constitué dépositaire. Mais l'époux qui s'est vu refuser la garde, demeure cependant investi de la puissance paternelle — le droit de surveillance qu'on lui reconnaît en est la preuve — mais il est privé de la plupart de ses attributs. Ce qui équivaut presque à une déchéance. Ainsi l'a voulu la jurisprudence.

Car — il faut bien le dire — le sort de l'enfant, sa condition juridique, c'est avant tout la jurisprudence qui l'a déterminé, précisé, on pourrait même dire créé, tant le texte de la loi était bref et laconique. En sorte que, en votant cette loi du divorce, — avant tout, loi de tendances, qui créait une institution juridique dont on ignorait la portée et les conséquences, — le législateur a éludé en un article le problème de la situation de l'enfant que les ennemis du divorce avaient posé devant lui. C'était agir légèrement, car le problème méritait d'être étudié. Afin de mettre sa conscience à l'abri, le législateur posa cependant un principe : *l'intérêt de l'enfant*, principe qui doit dominer la situation juridique. Puis il se reposa sur les Tribunaux du soin d'en faire l'application.

1. Cependant la loi du 21 février 1906, en supprimant au préjudice de celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé la jouissance légale, semble bien prononcer une déchéance partielle de la puissance paternelle.

A cet effet il leur donna un pouvoir souverain. On conçoit dès lors l'œuvre considérable de la jurisprudence en cette matière.

Il fallait d'abord soustraire l'enfant à la querelle des époux, car il est trop souvent l'enjeu de la lutte, le soustraire aux exemples pernicieux qu'il pourrait recevoir au contact de ses parents ou de l'un d'eux.

Il fallait ensuite lui refaire un foyer qui lui permettrait de se développer (1). Pour accomplir cette tâche, les tribunaux se sont emparés du *droit de garde*, dont la loi les a rendu les dispensateurs, et l'assimila en quelque sorte à la puissance paternelle elle-même, avec tous ses attributs. De sorte qu'actuellement, l'époux gardien est le véritable — et on peut dire le seul — détenteur de la puissance paternelle.

Bien illusoire, est le *droit de surveillance* : possibilité — pour l'époux qui a été privé de la garde — de devenir un jour détenteur du droit de garde ; bien restreint aussi est le droit de visite, accordé — avec quelle parcimonie — par les Tribunaux, hommage rendu aux sentiments d'affection qui peuvent unir des parents à leurs enfants. N'y a-t-il rien qui ressemble plus, pour un père, à une déchéance, que d'en être réduit au seul droit de voir, par exemple, son enfant,

1. Voir page 8 les conclusions de M. le substitut Matter qui ont précédé un jugement du Trib. de la Seine du 30 déc. 1908.

une heure chez le concierge de son ancienne femme, le deuxième dimanche de chaque mois.

La jurisprudence a dû pourvoir à l'administration des biens de l'enfant dont la loi n'avait rien dit — suivant le principe qu'elle avait adopté — de rendre à l'enfant l'unité de la famille perdue, les Tribunaux ont réuni dans la main de l'époux gardien de la personne de l'enfant, l'administration de ses biens.

On peut se demander, en considérant le nombre toujours croissant des divorces, si la jurisprudence et la loi ont fait œuvre utile.

La loi du divorce, qui par sa nature, aurait dû être une loi protectrice de l'enfance, puisque seul l'enfant était intéressant, a-t-elle atténué pour l'enfant la perte de son foyer ? Théoriquement, on peut répondre affirmativement. Car l'enfant chez l'époux gardien doit trouver l'unité familiale détruite par la dissolution du mariage. De plus la puissance paternelle, continuant à subsister en principe, les parents conservent sur l'enfant, l'autorité nécessaire pour l'élever.

En fait la jurisprudence a peut-être dégagé les principes, mais leur application est bien imparfaite. Il ne pouvait en être autrement : Les questions d'un ordre aussi délicat et aussi intime que celles que soulève le divorce, ne se jugent pas de la même façon que des questions de murs mitoyens ou de solidarité active ou passive.

Les Tribunaux ne voient jamais les situations qui

leur sont présentées, que sous un jour trompeur. Comment en effet sont-ils éclairés : par des procès-verbaux d'enquête, par des pièces, lettres, certificats et par les plaidoiries des avocats. Or, il suffit d'avoir assisté à une enquête de divorce pour se rendre compte de l'imperfection de ce mode de preuve. Les témoignages les plus contradictoires se font entendre, dans lesquels on lit — beaucoup plus que l'expression de la vérité, — les rancœurs personnelles, le désir de plaire, ou la préoccupation de réciter une leçon apprise d'avance. Les pièces, elles, font généralement défaut, et sont souvent illusoires. Quant aux plaidoiries des avocats, elles tendent souvent à donner à des griefs parfois illusoires une importance qu'ils n'ont pas ou à présenter comme des futilités les motifs les plus sérieux de divorce.

Et c'est de ces éléments trompeurs que dépend le sort de l'enfant. Si le juge souvent ne peut que difficilement connaître, entre le mari et la femme, lequel des deux est coupable, comment pourra-t-il juger qui du père ou de la mère sera le plus apte à être dépositaire de l'enfant ; qualités subtiles en effet, et qui n'apparaissent pas toujours à la vue que les qualités d'éducateur de l'enfant. Et puis, il faut bien aussi reconnaître que — en dehors de ces difficultés de forme — le problème de la dissolution de la famille présente souvent des situations presque insolubles (1).

1. M. le substitut Matter dans les conclusions qu'il donnait

Les Tribunaux siégeant en audience publique, sont, il faut en convenir, mal placés pour disposer du sort de l'enfant. Eux seuls cependant dans l'état actuel de notre organisation judiciaire, semblent être désignés pour remplir cette mission. Car il ne faudrait pas songer à confier aux conseils de famille le soin de juger équitablement du sort de l'enfant. L'expérience en a été faite à l'époque de la Révolution, au temps où le décret des 20-25 septembre 1792 était en vigueur. Sous l'empire de cette législation, le divorce était jugé par une assemblée de famille (1). C'était cette assemblée de famille qui statuait sur le sort des enfants, sauf en cas de divorce par consentement mutuel (Dans cette hypothèse, la garde était confiée selon l'âge et le sexe de l'enfant). Ces assemblées ont donné les résultats les plus lamentables. Les scènes les plus pénibles, les incidents les plus violents, par-

à la suite des retentissants débats d'un récent procès, conséquence d'un divorce princier s'exprimait ainsi :... Mais cette solution n'est qu'un à peu près. De toutes celles qu'on peut envisager, elle est la moins mauvaise. Une seule serait bonne, celle qui pourrait donner à ces petits des parents en tendre confiance, un foyer doux et paisible à mûrir leur jeunesse. Cela, je le voudrais ; mais, je ne le puis !

1. Le mari et la femme qui demandent conjointement le divorce seront tenus de convoquer une assemblée de six au moins des plus proches parents, ou d'amis à défaut de parents ; trois des parents ou amis seront choisis par le mari, les autres par la femme.

fois les plus ridicules se produisirent, en sorte que le législateur du Code civil, sous l'empire de la triste expérience faite de ces Tribunaux anarchiques, s'empressa de les supprimer. Il le fit et fit bien, car ces tribunaux ressemblaient trop à ces luttes en champ clos, où jadis les témoins combattaient aux côtés de chacun des adversaires.

Mais l'idée de Tribunaux spéciaux destinés à régler ces questions de famille n'était peut-être point tant mauvaise.

Elle fut reprise de nos jours par plusieurs législations étrangères : Tribunal des orphelins en Russie, Tribunal tutélaire en Norvège, en Allemagne, en Hongrie.

Le Code civil allemand a créé le Tribunal des tutelles, destiné à régler les questions qui intéressent particulièrement la protection des mineurs. Mais ce tribunal, malgré son nom spécial, n'est autre que le tribunal de bailliage correspondant à la justice de paix avec une compétence très étendue. Il est compétent notamment pour régler les questions relatives à la garde de l'enfant dont les parents sont divorcés (Art. 1635). Son rôle dans ce cas constitue l'intervention de la puissance publique dans la famille. En effet, en Allemagne, lorsque les parents, ou l'un d'eux viennent à disparaître, la haute tutelle appartient à l'Etat et est exercée par les Tribunaux comme juridiction volontaire. Elle n'est transportée au conseil

de famille que dans des cas déterminés (1). En cas de divorce, l'Etat par l'intermédiaire du Tribunal des tutelles intervient, non pas comme arbitre du dissentiment des parents, mais comme puissance supérieure s'imposant, se superposant aux individus. Nous ne saurions approuver une pareille législation, qui d'ailleurs n'a pas été sans influence sur les dernières lois françaises, notamment sur la loi relative à la tutelle des enfants naturels (1907). Dans cette dernière disposition législative, en effet les Tribunaux civils en chambre du conseil confèrent la tutelle des enfants naturels, leur pouvoir est très grand, non seulement parce qu'il leur est permis de ne pas suivre les règles établies par la loi, si l'intérêt de l'enfant l'exige, mais encore parce qu'ils confèrent un droit, qui en fait, n'est autre que la conséquence du lien de filiation. En cela la tendance de la législation française la plus récente est de suivre les principes de la législation allemande qui aboutiront à retirer aux parents les droits qu'on leur reconnaît encore sur l'enfant pour en constituer l'Etat seul dépositaire.

Ces tendances sont dangereuses parce qu'elles atteignent la famille, groupement naturel, qui paraît être le milieu le plus favorable au développement de l'enfant.

Cependant si le principe allemand est condamna-

1. Meulanaer, p. 471.

ble, il faut retenir la façon dont il est appliqué ; la loi de 1886 restant toujours en vigueur, les tribunaux en matière de divorce continueront à être des arbitres chargés de départager les parties. Et sans rêver de changements trop radicaux, sans proposer l'établissement de tribunaux spéciaux, sorte de jurys de pères de famille chargés de juger les questions d'état sous la direction d'un magistrat, on pourrait proposer une réforme qui constituerait peut-être une amélioration. Il nous semble qu'on pourrait donner compétence à la chambre du conseil pour toutes les questions qui concernent la garde des enfants. Les différends seraient jugés sommairement et les parties comparaitraient en personne assistées de leurs avoués respectifs.

Peut-être, ajoutées aux autres modes de preuve notoirement imparfaits et insuffisants, les Tribunaux trouveraient-ils dans les explications personnelles des parties, un élément d'information plus sûr. Malheureusement, il est à craindre que dans les grandes villes, cette comparution n'ait le sort de celles qui sont prescrites dans les préliminaires de conciliation et ne deviennent plus qu'une simple formalité. Ceux qui ont assisté à l'application de la loi du divorce savent bien que telle est la difficulté. Il est presque impossible, étant donnée l'imperfection des moyens de preuve qui sont fournis aux Tribunaux, de juger équitablement les divorces, c'est-à-dire en ne les prononçant que pour

des motifs tout à fait irréparables. Les magistrats ont pris le parti de les accorder presque tous. Il faut que les parties se présentent avec une réelle maladresse devant un tribunal (surtout si elles sont d'accord) pour qu'elles se voient refuser le divorce. Les apparences sont sauvées et les principes sauvegardés ; il y a longtemps que Montaigne disait déjà : « Les avocats et les juges de notre temps tendent à toute cause assez de biais pour les accommoder où bon leur semble » (Montaigne, *Essais*. Ed. Tardieu-Demesle, 1828, t. III, p. 320, ch. XII).

Lorsque le sort des parents est seul en jeu, le mal n'est pas grand. Mais la façon dont est appliquée maintenant la loi, — effet du découragement des magistrats en face de leur impuissance, — retombe sur les enfants.

Le mariage, et en même temps la famille sont atteints dans ce qu'on avait jusqu'ici pensé être leurs caractères essentiels. *L'indissolubilité du mariage* et le principe de la *puissance paternelle* demeurent toujours inscrits dans nos lois. Mais les dérogations s'ajoutant aux dérogations, ces deux principes disparaîtront, n'ayant plus de raison d'être inscrits au code.

Actuellement les rapports entre le mari et la femme, entre les parents et l'enfant sont en voie d'évolution. Peut-être cette évolution ne franchira-t-elle que lentement ses étapes successives. En tous

cas ceux qui pensent que l'on peut en remonter le cours, à notre avis se trompent ... Mais il ne nous appartient pas d'en prévoir le terme extrême, notre tâche est plus modeste :

Dans une première partie, nous avons examiné avec la plus grande concision la *nature du lien de filiation*, et les *rappports juridiques des parents et des enfants pendant le mariage*.

Puis, nous avons consacré la seconde partie à la *situation provisoire qui est faite à l'enfant pendant l'instance de divorce*.

Dans la troisième partie, la plus importante, nous avons étudié d'abord la situation juridique faite à la *personne de l'enfant* dont les parents sont divorcés, puis la façon dont il est pourvu à *l'administration de ses biens*.

Enfin, des *changements* peuvent survenir aussi bien *dans l'état des parents* que *dans celui de l'enfant* qui nécessitent des *modifications dans les dispositions judiciaires prises en faveur de ce dernier* ; la puissance paternelle, dont l'exercice était réglé judiciairement, peut *s'éteindre*. Telles sont les matières que nous avons examinées dans la dernière partie de cette étude.

PREMIÈRE PARTIE

Rapports juridiques des parents et des enfants pendant le mariage.

CHAPITRE PREMIER

DU LIEN DE FILIATION

De la personnalité de l'enfant. — Nature du lien de filiation.
— Problème posé par le divorce. — OEuvre du Code.

Au début de cette étude dans laquelle nous allons étudier un cas particulier des rapports entre les parents et les enfants, il nous paraît nécessaire de dégager l'idée qui paraît dominer en ce qui concerne l'enfant, la philosophie et le droit modernes : la *personnalité de l'enfant*.

L'enfant dès sa naissance est une individualité qui doit suivre son développement normal et libre.

Kant a dégagé cette idée avec beaucoup de force dans le passage suivant que nous rapportons littéralement :

« Il résulte de la procréation qui est l'œuvre de cette
« communauté, dit-il en parlant du mariage, le droit
« d'élever les fruits qui en naissent, et de leur donner
« les soins qu'ils exigent ; c'est-à-dire que les enfants,
« comme les personnes, ont aussi par là originaire-
« ment, comme un avantage inné, droit aux soins de
« leurs parents jusqu'à ce qu'ils soient capables de se
« conserver eux-mêmes.

« En effet, comme le fruit produit est une personne,
« et qu'il est impossible de s'expliquer par une opé-
« ration physique la production d'un être doué de
« liberté, c'est au point de vue pratique une idée tout
« à fait juste et nécessaire que de considérer la pro-
« création comme un acte par lequel nous avons mis
« au monde une personne sans son consentement et
« d'une façon tout à fait arbitraire, et qui nous
« impose l'obligation de lui rendre aussi agréable que
« nous le pouvons faire cette existence que nous lui
« avons donnée. Les parents ne peuvent détruire leurs
« enfants, comme si c'était une œuvre mécanique
« (car on ne peut considérer ainsi un être doué de
« liberté) et leur propriété, ni même l'abandonner au
« hasard, car ce n'est pas seulement une chose, mais

« un citoyen du monde qu'ils ont produit » (1).

De cette idée de personnalité de l'enfant, nous déduirons que le lien qui unit les parents à l'enfant est avant tout un *lien de protection* et *subsidiairement un lien de dépendance*. Car l'autorité dont sont investis les parents n'est qu'un instrument qui leur permet de remplir leur mission de protecteurs.

D'autre part le lien qui unit l'enfant à ses parents est un lien *d'affection* et de *respect* qui se développe en même temps que ses facultés et qui se traduit par la reconnaissance.

Or, le développement de l'enfant n'a lieu dans sa plénitude que par les efforts communs du père et de la mère qui chacun dans la mesure de ses facultés contribue au plein épanouissement physique, intellectuel et moral de l'enfant. Aussi nous avons considéré

1. Ce passage de Kant est rapporté par M. Nourrisson au début de son ouvrage sur la *Puissance Paternelle*.

Montesquieu (*Esprit des lois*, l. XXII, ch. VII) semble admettre l'idée de propriété des enfants dont les conséquences sont si peu admissibles. En cela il reprenait la conception de la *patria potestas* dans l'ancienne Rome.

Grotius, dans son *Traité de la guerre et de la paix* (Ed. Pradier-Fodéré, t. I, ch. V, p. 491. De l'acquisition ordinaire des droits sur les personnes), considère que par le fait de la génération, les parents acquièrent sur leurs enfants un véritable droit de propriété.

Hobbes arrive au même résultat en fondant ce droit de propriété sur les soins que les parents ont pris pour conserver l'existence à leurs enfants.

jusqu'ici l'enfant se développant dans une famille unie, une famille dans laquelle l'affection de chacun des parents pour l'enfant n'est que l'image épurée de l'amour de l'un des époux pour l'autre, ou bien une famille désunie dans laquelle les parents ont fait taire leur désaccord pour accomplir jusqu'au bout leur devoir envers l'enfant.

Mais que deviendront les rapports entre les parents et l'enfant dans une famille incomplète ou dans une famille désorganisée ?

Le père qui abandonne la femme qu'il a rendue mère, la femme, qui quitte le père de son enfant en lui laissant le soin de l'élever conservent-ils sur cet enfant des droits qui, nous l'avons vu, ne sont que la contre-partie de leurs devoirs ? Tel est l'un des problèmes que nous examinerons dans cette étude.

D'autre part, les parents sont désunis ; aucune réconciliation entre eux n'est possible. Chacun d'eux cependant veut s'acquitter de ses devoirs envers l'enfant, chacun veut en conséquence user de ses droits. L'intérêt de l'enfant cependant s'y oppose. Quelle sera la solution de ce conflit, telle est la contre-partie du problème que nous étudierons.

Quelle a été l'œuvre du Code ? L'Etat actuellement ne domine plus, comme dans l'ancienne Grèce, l'individu. Les lois qu'il lui impose n'ont pour but que de reconnaître certains faits admis par les mœurs en leur donnant une sanction, ou bien de poser des principes

destinés à régler les conflits qui pourraient s'élever entre les individus. C'est ainsi que le Code sanctionne l'union de l'homme et de la femme par le mariage. Mais le législateur fait œuvre sociale et non morale (1). C'est ce qui explique que l'on ne trouve pas dans le Code un exposé des rapports des parents et des enfants indiquant les droits et les devoirs de chacun. On y trouve simplement un titre « De la Puissance paternelle », c'est-à-dire des droits des parents sur l'enfant.

On serait tenté d'en conclure que les droits des parents sont supérieurs à leurs devoirs, alors qu'en réalité le code n'a posé les règles de la puissance paternelle que pour en fixer les limites, ainsi que nous le verrons au cours de cette étude (2).

Mais lorsque le législateur a établi le divorce, il avait à déterminer les rapports des enfants avec leurs parents d'une façon précise, parce qu'il y avait un

1. Le tribun Albisson s'expliquant sur l'article 371 disait : « ce n'est là au premier abord qu'un précepte de morale..., ce précepte placé en tête de la loi deviendra pour les juges un point d'appui en beaucoup d'occasions ». Ainsi, le tribun s'excuse d'écrire dans le code un article qui paraît être un précepte de morale. Il ajoute qu'il a une autre portée.

2. Les rédacteurs du Code lorsqu'ils firent le titre de la Puissance paternelle étaient encore dominés par la place considérable que tenait dans l'ancien droit, notamment dans les pays de droit écrit, cette puissance. Mais à l'époque du Code cette puissance paternelle absolue avait évolué sous l'influence de l'Eglise.

conflit à trancher. Il l'a fait, mais bien imparfaitement, nous le verrons, puisque telle est la tâche que nous nous sommes imposée.

CHAPITRE II

DEVOIRS DES PARENTS: LEURS DROITS

- I. — Devoirs des parents : 1^o relatifs à la personne ; 2^o relatifs aux biens.
- II. — Droits des parents. Nature de la puissance paternelle, ses caractères : incessibilité et indivisibilité. — Ses attributs pendant la minorité et pendant la majorité : 1^o Droits sur la personne ; 2^o droits sur les biens ; 3^o attributs concernant à la fois la personne et les biens.

I. — Devoirs des parents.

Les devoirs des parents sont de deux sortes : les uns concernent la personne de l'enfant, les autres ses biens.

1^o Devoirs relatifs à la personne de l'enfant

Ils se trouvent contenus dans l'article 203 du Code civil qui est ainsi conçu : « Les époux contractent

ensemble par le fait seul du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

La première de toutes les obligations des parents est de fournir des *aliments* à l'enfant. C'est la plus naturelle; la vie de l'enfant ne leur appartient pas, ils doivent la lui conserver. Ils doivent par conséquent aussi pourvoir à son *entretien*, c'est-à-dire le vêtir, le loger, le soigner s'il est malade, en un mot lui fournir tous les soins nécessaires à la vie.

Enfin, ils doivent l'élever, c'est-à-dire lui donner l'*éducation* que comporte le rang qu'ils occupent dans la société, et développer son esprit et son cœur.

2° *Devoirs relatifs aux biens.*

Lorsque l'enfant possède des biens, les parents sont tenus de les lui conserver. Le père à qui ce soin est confié en est l'*administrateur*. C'est lui qui le représentera en justice, et qui fera en son nom tous les actes que son état d'incapable l'empêche de faire personnellement.

II. — Droits des parents. Puissance paternelle.

La puissance paternelle est l'ensemble des droits qui permettent aux parents de remplir leurs devoirs envers l'enfant.

On peut dire encore aujourd'hui que c'est une puissance qui réside entre les mains des parents ; mais que d'atténuations ont été apportées à cette *patria potestas* que le droit romain a fait entrer dans notre législation !

La Révolution en faisant pénétrer dans la législation les principes d'individualisme que les philosophes avaient préconisés, en dégageant la notion de personnalité de l'enfant, a dû donner à la puissance paternelle la signification véritable qu'elle avait à la fin de l'ancien régime, et qui n'était plus en rapport avec les textes des coutumes ni avec le droit civil. Le conseiller d'Etat Réal la décrivait ainsi dans l'exposé des motifs du projet de loi qui fût présenté au corps législatif le 23 ventôse an XI : « Jusqu'à la majorité, disait-il, cette puissance est, dans les mains des auteurs de nos jours, un moyen de *défense* et de *direction*... après la majorité, la puissance paternelle est toute de *conseil* et d'*assistance* ; elle se borne à obtenir du fils de famille des témoignages éternels de respect et de reconnaissance ».

On voit par cette citation que la première idée qui se dégage de la conception moderne de la puissance paternelle, c'est que notre législation en fait un instrument de *protection* de l'enfant.

Cette idée était totalement étrangère à la notion romaine de la *patria potestas* qui a toujours été con-

cue, même dans le dernier état du droit, comme une puissance véritable (1).

La seconde idée qui apparaît dans le droit moderne, c'est que la *femme participe à la puissance paternelle*, elle en est, comme le père, investie. « Si cette puissance est donnée par la nature au père et à la mère, disait le conseiller d'Etat Réal, il est facile de reconnaître que le père seul peut exercer et que la mère ne commence à en jouir réellement qu'à l'instant où elle devient veuve ». Idée totalement étrangère à la législation romaine dans laquelle la femme ne participe jamais à la *patria potestas* même à l'époque où le mariage avec *manus* ayant disparu elle n'était plus considérée vis-à-vis de ses enfants *sororis loco*.

Les droits de la mère sur l'enfant sont donc égaux à ceux du père : « L'enfant, est-il dit à l'article 372, reste sous l'autorité de *ses père et mère* jusqu'à sa majorité ou son émancipation ».

Sans rien modifier de ce principe, car le législateur suppose que les parents exercent leur autorité en commun, l'article suivant (373) dispose : « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ». Le législateur tenait en effet à respecter la liberté de la

1. V. Edouard Cuq. *Institutions juridiques des Romains*, 1902, t. II, 2^e partie, L. II, ch. II, n. 77. *Des personnes placées sous la dépendance d'autrui*, et 3^e partie, L. II, ch. II *La famille et le mariage*, p. 800.

famille. Il ne fallait pas qu'en cas de désaccord aucun élément étranger vint s'immiscer et peut-être aviver le conflit. C'est ce qui explique que l'exercice de la puissance a été donné au père seul.

Les caractères de la puissance paternelle sont l'incessibilité et l'indivisibilité (1).

Quelles que soient les limites dans lesquelles la puissance paternelle ait été enserrée, elle n'en constitue pas moins une institution exorbitante du droit commun. Les droits inhérents à cette puissance ne peuvent donc être délégués, cédés par leurs titulaires comme de simples droits de créance ou de propriété. Les droits des parents sur les enfants tiennent leur nature particulièrement étendue du lien de filiation. Ce lien fait naître des devoirs dont ils ne peuvent se décharger en abandonnant leurs droits. Il n'est même pas possible à l'un des époux d'abandonner aucun de ses droits au profit de son conjoint de telle sorte que ce droit soit définitivement perdu pour lui. C'est un principe d'ordre public qui ne peut souffrir d'exceptions que celles que la loi y a apportées.

Il y en a une en effet : la loi autorise le père à céder ses droits au profit d'une personne, l'enfant lui-même, ou plus exactement à renoncer à ses droits de père

1. Ces deux caractères de la Puissance paternelle sont très importants. Au cours de cette étude nous aurons à en faire souvent application.

lorsque l'enfant a atteint l'âge de 15 ans, en l'émancipant (art. 476) ou en autorisant son mariage.

Il y a une seconde exception : La loi autorise les parents à permettre à un tiers de créer des liens d'une filiation artificielle entre leur enfant et eux par la tutelle officieuse ou l'adoption. Mais les parents conservent la puissance paternelle sur l'enfant.

La puissance paternelle, avons-nous dit, est *indivisible*. Ce principe est nouveau. Il a été introduit dans notre législation par la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle. Cette loi a confié aux tribunaux le soin de réprimer les abus de la puissance paternelle en prononçant la déchéance contre les parents indignes, dans des cas qu'elle énumère limitativement. La jurisprudence qui, antérieurement à la loi de 1889, se reconnaissait le droit de contrôler la puissance paternelle et d'en limiter les effets (1), a décidé que cette loi avait pour effet de limiter les pouvoirs des tribunaux aux seuls cas qu'elle prévoit et de leur interdire par conséquent d'y porter atteinte dans tous les autres cas (2).

1. Req., 3 mars 1856, D. 56. 1. 290 ; 15 mars 1864, D. 64. 1. 301 ; 27 janvier 1879, D. 79. 1. 223.

2. La jurisprudence malgré quelques dissidences (Agen, 6 nov. 1889, D. 1890. 2. 25, note de M. de Loynes. Poitiers, 24 juillet 1890, D. 1891. 2. 73-74, note de M. de Loynes. Reims, 27 déc. 1901, *Gaz. Palais*, 1902. 1. 225) est fixée en ce sens ; mais il y a eu de la part de certains tribunaux de très vives

Si la puissance paternelle est indivisible elle se compose cependant d'*éléments* qui correspondent aux

résistances. Le tribunal de la Seine notamment, dans un jugement du 6 août 1896 (D. 1899. 2. 5) très fortement motivé, a soutenu :

« Attendu qu'il y a lieu, pour le tribunal, de rechercher s'il ne doit pas être pourvu au danger que présente pour l'enfant l'exercice de la puissance paternelle ;

« Attendu que, dans l'état de notre législation, la puissance paternelle est établie tout autant dans l'intérêt des enfants, dont la bonne éducation en importe au plus haut degré à l'ordre public et à l'Etat lui-même, que dans celui du père et de la mère ;

« Que, si elle confère à ceux-ci tout un ensemble de droits et de prérogatives, elle implique surtout pour eux un ensemble de devoirs et d'obligations dont ils ne sauraient se décharger sans les plus grands inconvénients ;

« Qu'elle n'est donc pas absolue ;

« Qu'elle doit être sérieusement contrôlée et que les tribunaux doivent intervenir pour vérifier la manière dont elle est exercée, et pour interposer leur autorité lorsque les intérêts qu'elle doit protéger se trouvent en souffrance ;

« Que sans doute ils ne peuvent, en dehors des cas spécifiés par la loi elle-même, prononcer la déchéance, même partielle, de la puissance paternelle ;

« Mais que, chargés de protéger l'enfance contre les abus d'une autorité qui, établie en sa faveur, ne peut être retournée contre elle, ils ont le droit de fixer les limites légales dans lesquelles cette autorité peut se mouvoir et de paralyser chez les parents telle prérogative dont l'exercice serait à raison des circonstances de fait, funeste aux intérêts matériels et moraux de l'enfant ;

« Qu'on ne saurait tout spécialement leur dénier le droit de

devoirs des parents sur leurs enfants, ainsi que nous allons l'examiner.

soustraire les enfants à la contagion des mauvais exemples domestiques, et d'empêcher qu'ils ne deviennent les victimes d'animosités, parfois, comme dans l'espèce, trop faciles à prévoir ;

« Attendu que la loi du 24 juillet 1889 n'a porté aucune atteinte à l'exercice de ce pouvoir que les nécessités impérieuses de la pratique ont formé et dont elles justifient le maintien ;

« Qu'en vain, objecte-t-on, qu'elle est introductive d'un droit nouveau, et qu'elle contient toutes les dispositions relatives au contrôle judiciaire de la puissance paternelle ; qu'elle n'a prévu que la déchéance totale, et que, dès lors, les mesures partielles précédemment pratiquées sont désormais interdites aux tribunaux ;

« Que cette doctrine est en désaccord absolu avec l'esprit même de la loi de 1889, qui, bien loin de restreindre le contrôle de l'autorité judiciaire en matière de puissance paternelle, a voulu, au contraire, le fortifier en donnant aux tribunaux le droit de faire plus qu'ils ne le pouvaient sous l'empire de la législation antérieure, mais sans leur interdire de prendre des mesures moins radicales que la déchéance paternelle dans le cas où ce remède extrême et infamant n'est pas rigoureusement indispensable à la sauvegarde de l'enfant ;

« Qu'interpréter autrement la loi de 1889 tournerait au détriment des enfants qu'elle a manifestement entendu défendre davantage et qui, par l'effet de ses dispositions que les excès même rendraient souvent inapplicables, se verraient privés de la protection sagement mesurée que la Justice leur assurait auparavant ;

« Qu'il n'est pas plus exact de prétendre que la loi du 24 juillet 1889 forme désormais le Code unique et complet du contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux ;

Mais lorsqu'ils ont voulu examiner ces éléments, les auteurs ont observé que si la puissance paternelle

« Qu'elle se borne à organiser la déchéance de la puissance paternelle, sa procédure et ses effets ;

« Mais qu'elle n'a pas entendu régler les attributs et l'exercice de la puissance paternelle ;

« Que limiter l'autorité du père de famille et lui enlever la garde de son enfant, alors que l'intérêt de celui-ci le commande, c'est non point prononcer une déchéance partielle de la puissance paternelle, mais simplement prendre une mesure rendue nécessaire par l'abus du droit ;

« Qu'avant la loi de 1889, la déchéance paternelle n'était pas plus possible qu'aujourd'hui, et que, cependant l'on n'hésitait pas à reconnaître aux tribunaux le pouvoir d'intervenir pour contrôler l'exercice de la puissance paternelle, en prévenir les excès, en réprimer les abus et la ramener dans les limites du droit ;

« Que rien ne permet d'admettre que le législateur de 1889 ait entendu condamner la jurisprudence, qui, forte de l'approbation de tous les jurisconsultes, était jusqu'alors suivie, et qui se fondait tout à la fois sur ce principe toujours vrai que la puissance paternelle n'est pas absolue et doit s'exercer sur les enfants et non contre eux, et sur divers textes de notre législation positive, notamment sur les art. 263, 267, 302, 387, 444, 730 C. civ., 335 C. pr., sur les lois des 7 déc. 1874 et 28 mars 1882, dont l'autorité est restée la même et qui témoignent partout de la volonté du législateur de ne pas laisser la puissance paternelle sans frein judiciaire ;

« Qu'il est nécessaire de leur maintenir ce pouvoir auquel la loi nouvelle n'a pas touché et dont l'exercice ne conduit qu'à l'adoption de mesures essentiellement provisoires ; qu'à la vérité certains passages des travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1889, soit au Conseil d'Etat, soit au Parlement,

durait pendant toute la vie des enfants, ses *attributs* étaient différents selon que les enfants étaient mineurs

peuvent être invoqués en faveur de la thèse de l'indivisibilité de la puissance paternelle, mais, qu'outre le danger que présente toujours ce mode de discussion qui tend à prêter au Parlement tout entier ce qui n'a été le plus souvent que l'expression d'opinions individuelles, cette théorie repose sur une confusion manifeste entre la puissance paternelle qui n'est autre chose que l'ensemble parfaitement divisible du droit nécessaire aux parents pour s'acquitter de leur devoir d'éducation, et la qualité de père, qui est bien réellement indivisible et qui subsiste malgré toutes les déchéances ou tous les démembrements de l'autorité paternelle.

« Que le législateur de 1889, bien loin d'avoir admis la prétendue indivisibilité de la puissance paternelle, l'a, au contraire, expressément répudiée, puisque, se plaçant dans le cas où l'enfant abandonné par ses parents, a été recueilli par un tiers ou par l'Assistance Publique, il spécifie, dans l'art. 20, que le Tribunal peut être saisi par ceux qui l'ont recueilli, d'une requête « tendant à obtenir que dans l'intérêt de l'enfant, tout ou *partie* « des droits de la puissance paternelle leur soit confié, et que, « dans le cas où il ne concèderait aux requérants qu'une partie « des droits de la puissance paternelle, il doit déclarer par le « même jugement, que les autres, ainsi que la puissance *paternelle*, soient dévolus à l'Assistance Publique ».

La Cour de Paris, dans un arrêt du 15 déc. 1898 (D. 99. 2. 57) a réformé le jugement du Tribunal par un arrêt dont voici les motifs :

« En ce qui touche la garde de la mineure : Considérant que B. réclame la garde de sa fille, confiée par ordonnance à sa femme, au cours d'une instance en séparation de corps entre les deux époux ;

« Considérant qu'à la mort de la dame B. l'ordonnance du

ou majeurs. Le conseiller d'Etat Réal, dans le passage que nous rapportons en tête de ce chapitre, faisait

Président du Tribunal Civil de la Seine a cessé d'avoir effet, et que le père s'est trouvé réintégré dans l'entier exercice de son droit ; que la dame F. grand'mère maternelle de l'enfant, la retient sans titre et doit, dès lors, la rendre à son père ;

« Considérant qu'elle demande vainement à la Cour que cette garde lui soit expressément confiée en raison de l'inconduite de celui-ci ; qu'en effet, il ne s'agit point de l'application de l'art. 302 C. civ., ni du titre n° 2 de la loi du 24 juillet 1889, mais d'une espèce sur laquelle cette dernière loi, en son titre I, a étendu sa protection ; que le droit de garde réclamé est un attribut essentiel de la puissance paternelle ; qu'il n'en peut être détaché sans la beaucoup amoindrir et sans frapper le père d'une sorte de déchéance partielle ;

« Que les règles de la déchéance de la puissance paternelle sont réunies dans la loi susvisée ;

« Que ses dispositions ont créé contre les parents indignes la déchéance générale et totale et ont refusé par là aux tribunaux, dans les cas qu'elle prévoit la faculté de diviser des droits paternels que le législateur a voulu indivisibles en principe ;

« Que cette interprétation résulte du texte formel des deux premiers articles de la loi de 1889, de son esprit et de ses travaux préparatoires, très explicites sur ce point, et que, d'ailleurs, elle ne prive point les enfants de la protection que les tribunaux leur accordaient dans des cas semblables ou analogues mais précise cette protection, la justifie, lui donne une base légale et prescrit la procédure à suivre pour l'obtenir ;

« Qu'on ne saurait soutenir utilement que la déchéance totale étant un acte de rigueur devant lequel le juge pourrait hésiter, il est préférable de laisser aux tribunaux le choix de mesures moins dures et plus facilement applicables ;

« Que ce serait tourner la loi de 1889 qui a prescrit ces

déjà cette distinction. Et, en effet, *pendant la minorité*, l'intérêt seul de l'enfant apparaît et il importe ainsi qu'il est dit à l'article 372 que « l'enfant reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation ». Mais il est certain que l'« enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère » (art. 371). Pendant la *majorité* la puissance paternelle prend un sens plus large : elle est toute de conseil et d'assistance (1).

Nous allons donc examiner les attributs de la puissance paternelle en commençant par ceux qui appartiennent aux parents pendant la minorité de l'enfant.

Lorsque *l'enfant est mineur*. Nous trouvons en face de chacun des devoirs des parents un droit correspondant.

En ce qui concerne la *personne de l'enfant*.

démembrements de la puissance paternelle, critiquer l'œuvre du législateur au lieu de l'interpréter, et préférer à tort l'équité du juge aux règles fixes de la loi nouvelle ;... Bien que la jurisprudence paraisse fixée dans le sens de l'indivisibilité, la législation la plus récente tend à démembrer la puissance paternelle (Loi relative à la prostitution des mineures du 13 avril 1908).

1. La loi du 24 juillet 1889 reconnaît cette distinction lorsqu'elle range les ascendants parmi les personnes qui peuvent encourir la déchéance de la puissance paternelle et qu'elle vise les droits et prérogatives garanties par les art. 150, 151, 346 et 955 du C. civ. parmi ceux dont la déchéance de la puissance paternelle fait encourir la perte. Sur la distinction entre la puissance paternelle *stricto sensu* et *large sensu*, voir Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. I, p. 54.

Le père durant le mariage exerce sur l'enfant un *droit de garde*, sorte de possession qui s'impose sur l'enfant d'une façon ininterrompue et absolue. « L'enfant, est-il dit à l'art. 374 C. civ., ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de 18 ans révolus ».

A l'obligation d'élever son enfant correspond le droit de diriger l'éducation de l'enfant comme bon semble au père.

Enfin comme corollaire du droit d'éducation vient s'ajouter le droit de *correction*. Il ne s'agit pas des réprimandes et punitions qui accompagnent tout naturellement l'éducation des enfants, mais d'un droit de correction grave (1) qui ne peut s'appliquer qu'à des natures particulièrement rebelles. L'Etat met ses prisons à la disposition des parents dont les enfants sont d'un caractère particulièrement irréductible. Peut-être doit-on voir dans ce droit un reste de la rigide *patria potestas*. Etant donné le soin minutieux avec lequel le législateur a réglé ce droit d'emprisonnement aux art. 376 et suivants, nous sommes portés à considérer que dans l'esprit du législateur, ce droit est la limite extrême de la puissance du père (2).

1. Art. 375. Le père qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant...

2. Fuzier-Hermann. *Puissance paternelle*, § 48. Les règles du Code civil prennent plutôt à notre sens leur origine dans

A notre avis, le législateur a voulu restreindre le droit des parents, et, jugeant que dans certains cas ce droit pouvait devenir excessif, il est intervenu pour le limiter et le placer sous la surveillance des tribunaux (1).

En ce qui concerne les *biens de l'enfant*.

Le père est de droit *administrateur légal* des biens d'un enfant mineur. C'est un droit qui lui est réservé et en même temps une charge.

De plus, il est propriétaire des revenus de ces biens jusqu'à la dix-huitième année du mineur. Il en a la *jouissance légale*.

Bien que la jurisprudence autorise les tiers qui font des dispositions en faveur des enfants à les retirer au père (2) ces droits n'en constituent pas moins

le règlement du Parlement de Paris en date du 9 mars 1673, qui, réglementant ce droit d'incarcération à titre de correction paternelle, en a limité l'exercice aux enfants mineurs et a exigé l'intervention judiciaire.

1. En effet, le code a réservé à l'autorité judiciaire un certain contrôle qui peut aboutir au refus de l'ordre d'arrestation dans les cas suivants : Lorsque le père est remarié (380), lorsque l'enfant exerce un état (382), lorsqu'il a des biens personnels, lorsqu'il a plus de 16 ans ; enfin, lorsque c'est la mère qui demande cette incarceration, dans les cas où elle est investie de la puissance paternelle.

En tous cas, même dans les cas où le désir du père est impératif, c'est le Président qui délivre l'ordre, il peut donc adresser au père qui lui présente la requête, toutes les observations qu'il juge utiles à l'intérêt de l'enfant.

2. Cass., 9 janv. 1872, D. 72. 1. 118. Cass., 3 juin 1872, D. 72. 1. 241. Cass., 31 mai 1881, D. 82. 1. 22.

des droits de puissance paternelle, et c'est ce qui les distingue des droits du tuteur. Le père en effet sans en donner les motifs, s'il n'y a pas opposition d'intérêts entre lui et son fils, peut répudier une libéralité faite à ce dernier (1).

Concernant à la fois les personnes et les biens :

Le père a le droit d'autoriser le mariage de son enfant et de l'*émanciper*, c'est-à-dire d'abandonner ses droits sur la personne et sur les biens du mineur (art. 476 et suivants).

1. Paris, 21 oct. 1902, D. 03. 2. 121 : « Attendu que le droit (de renoncer à un legs au nom de ses enfants mineurs) ainsi conféré au père, à la mère et aux autres ascendants, ne découle point du droit qu'ils peuvent avoir d'administrer les biens du mineur, qu'il dérive de leur qualité même et du devoir que la nature et la loi leur imposent de prendre soin des intérêts matériels et moraux de l'enfant ».

Rennes, 23 avril 1906 (*Le Droit* du 27 juin 1906) : « Considérant que M. de B. agissait en qualité d'administrateur légal de ses enfants mineurs, mais qu'il puisait son droit dans les pouvoirs dont il est investi comme père bien plus que dans sa qualité d'administrateur légal ; que c'est du père seul et non à l'administrateur légal qu'il appartient, comme gardien de l'honneur de la famille, d'apprécier les raisons de moralité ou de convenance qui s'opposent à ce que des avantages pécuniaires, dont la source pourrait être suspecte, soient faits à des enfants mineurs.

Le père a également le droit d'autoriser un tiers à prendre son fils sous sa *tutelle officieuse* (art. 361 et suivants).

Lorsque *l'enfant est majeur*, la puissance paternelle se manifeste par les attributs suivants :

Les parents devront être consultés en cas de mariage de leur enfant majeur de moins de 30 ans (loi des 21-25 juin 1907).

Les parents ont le droit d'*autoriser l'adoption* de leur enfant, ce droit est exclusif, aucune adoption ne pouvant avoir lieu sans le concours des deux parents.

Enfin ils ont le *droit d'exiger des aliments* de leur enfant.

Tels sont pendant la minorité et pendant la majorité de l'enfant, les principaux attributs de la puissance paternelle. Ils se trouvent épars dans le Code civil, que vont-ils devenir pendant l'instance de divorce, puis après le divorce définitif ?

Il importait à l'intérêt de l'enfant que ces droits fussent bien nettement précisés entre les mains de chacun des époux de façon que, étant donné leur étendue ils ne puissent à aucun moment être un objet de représailles entre les époux. Nous constaterons que le législateur a paré à cet inconvénient de façon tellement incomplète que la jurisprudence a dû créer à

l'aide des principes généraux le droit protecteur de l'enfant (1).

1. Ici serait le lieu d'un chapitre consacré aux droits et devoirs de l'enfant. Ces droits et ces devoirs correspondant exactement aux droits et aux devoirs des parents, nous avons pensé qu'il ferait double emploi avec le chapitre II, et nous sommes abstenu afin d'éviter des longueurs inutiles.

DEUXIÈME PARTIE

Situation juridique de l'enfant pendant l'instance en divorce.

CHAPITRE PREMIER

DE LA GARDE

Lorsque l'instance en divorce est engagée, la vie commune est rompue, aussi le président assigne à la femme une résidence séparée. Bien que le mariage subsiste, et que jusqu'à la transcription du divorce une réconciliation soit possible entre les époux, la demande en divorce est le dernier acte du désaccord conjugal. La lutte s'engage entre eux souvent âpre, aiguë, violente. L'issue en est incertaine, l'instance

révélera bien des faits, des circonstances qui n'apparaissent pas au Président lors de la tentative de conciliation. Cependant il faut trancher d'abord certaines questions urgentes, relatives à la femme (sa résidence, la pension, la pension *ad litem* que son mari devra lui servir), et relatives à l'enfant.

L'enfant, témoin de la désunion de ses parents, est souvent le prix de la lutte qu'ils ont engagée. Dès le début de l'instance leurs efforts pour avoir l'enfant sont d'autant plus grands qu'il semble que de cette première décision dépendra la décision définitive.

Il est important de fixer dès le début de l'instance le sort de l'enfant, dans son intérêt même. En effet, le père est toujours le dépositaire de la puissance paternelle, puisque le mariage n'est pas dissous. C'est donc lui qui a seul le droit de prendre toutes décisions à son égard. Mais il est à craindre, étant donné la situation particulière, que dans ses décisions l'opinion de la mère ne soit négligée, et que l'intérêt de l'enfant ne soit sacrifié.

Le législateur a remédié à cet état de choses. Il a, sans rien supprimer des droits des époux, suspendu partiellement au profit de l'un d'eux l'exercice de la puissance paternelle. « Le juge, a-t-il disposé dans l'article 238, statue sur la garde provisoire des enfants ».

Nous aurons à examiner dans la troisième partie de cette étude ce qu'il faut entendre par la garde, aussi

nous n'insisterons pas dans le présent chapitre sur l'analyse de ce droit, ni sur les motifs qui peuvent déterminer le juge à confier à l'un ou à l'autre des époux la garde.

Au surplus, nous pensons qu'il ne faut pas attacher à la « garde » au cours de l'instance la même signification qu'au « droit de garde » conféré à l'un des époux après le divorce.

Le juge statue sur la garde provisoire, c'est dire : l'enfant habitera chez tel époux qui lui paraîtra remplir les meilleures conditions pour pourvoir à tous ses besoins. Il n'y a pas dans le mot « garde » l'idée d'un droit aussi absolu que sera celui qui résultera de la décision définitive parce que la situation juridique n'est pas la même.

Pendant l'instance en divorce le père continue à exercer seul la puissance paternelle. « L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, était-il dit à l'article 267 C. civil, actuellement abrogé, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le Tribunal, sur la demande, soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants ». L'esprit du législateur était donc que le Tribunal, qui fixait les mesures provisoires, ne changeât rien à ce qui existait pendant le mariage, à moins que l'intérêt de l'enfant ne nécessite d'autres mesures. Le législateur de 1886 s'est borné à prescrire

que le Président statuerait sur la garde des enfants. En cela, il montrait que sa préoccupation était bien plutôt d'assurer le bien des enfants que de sauvegarder les droits des parents, mais il n'en demeure pas moins certain, à notre avis, que les mesures provisoires doivent être interprétées dans le sens le plus étroit, et que tous les attributs de la puissance paternelle dont l'exercice n'a pas été enlevé au père subsistent entre ses seules mains.

Néanmoins les pouvoirs du juge sont étendus. Il peut, s'il le juge utile, interdire à l'un des parents de voir son enfant autrement que devant des témoins. Il peut confier la garde à un tiers. Les motifs sont tirés de la conduite, de la profession des époux, de l'âge de l'enfant, de son sexe (1).

Cette disposition de la loi qui donne au pouvoir judiciaire la mission de s'ingérer dans l'administration de la famille, et de disposer de l'exercice de la puissance paternelle, a été provoquée par une nécessité pratique : la nécessité de trancher un conflit. Il faut y voir encore une tendance du législateur moderne qui paraît considérer que la protection de l'enfant doit être l'objet de ses préoccupations. En cela le législateur est en harmonie avec les principes de liberté posés par la Révolution, à condition qu'il se borne à assurer le respect de la personnalité de l'en-

1. Paris, 22 novembre 1892, D. 93. 2. 523.

fant. Mais le législateur méconnaîtrait ces principes s'il arrivait, en amoindrissant, toutes les fois qu'il le pourrait, les droits des parents, à se substituer à eux.

CHAPITRE II

PERSONNES QUI PEUVENT PROVOQUER LES MESURES PROVISOIRES

- I. — En conciliation : les époux ; le président.
- II. — Pendant l'instance : les époux ; les membres de la famille ; le ministère public ; le Tribunal agissant d'office.

Les mesures provisoires sont ordonnées au début de l'instance par le Président conciliateur, et pendant l'instance par le Tribunal.

En *conciliation* ce sont les *époux* qui seuls peuvent provoquer ces mesures, cela se conçoit.

Le *président* peut statuer d'office si les époux ne sollicitent pas sa décision et régler ainsi qu'il le juge convenable le sort des enfants. Cela ne fait pas question.

Pendant l'instance les *parties* peuvent provoquer des mesures provisoires soit devant le Tribunal, soit même devant la Cour statuant sur l'appel de l'ordonnance de non-conciliation ou d'un jugement statuant

sur ces mesures (1) ; l'article 240 ajoute que sur la demande de l'un des *membres de la famille* le Tribunal peut ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires à l'intérêt des enfants.

Cette intervention de « l'un des membres de la famille » est anormale, sous cette forme, dans l'état de notre législation.

Nous pensons qu'il faut y voir un reste de la législation révolutionnaire du divorce, la loi du 20 septembre 1792, qui a introduit le divorce en France, avait fait intervenir dans une large mesure les parents à la dissolution du lien conjugal. Les tribunaux de famille étaient appelés à juger s'il y avait lieu de prononcer le divorce ; leur avis était sanctionné par l'officier de l'Etat civil qui prononçait la dissolution du mariage. Le législateur de la Révolution respectueux de la liberté individuelle avait pensé que l'intervention de l'autorité judiciaire devait être évitée et que les dissentiments familiaux devaient être vidés au sein de la famille. Il paraît que les résultats furent mauvais. L'idée était cependant bonne.

En tous cas l'intervention de la famille est demeurée dans notre législation, puisqu'on la retrouve dans le système établi par la loi pour la protection des incapables. Lorsque le mineur a perdu ses protecteurs

1. Paris, 15 mars et 12 avril 1892 : *Le Droit* des 29 et 30 août 1892.

naturels ou l'un d'eux, la tutelle s'ouvre et le conseil de famille intervient. Lorsqu'une instance en divorce est engagée, il est facile de constater que la protection du mineur est diminuée, le législateur aurait pu faire intervenir le conseil de famille et peut-être y aurait-il eu lieu de se louer de cette disposition. Il ne l'a pas fait parce qu'il a pensé que pareille mesure eût été une atteinte portée à la puissance paternelle. Mais il a autorisé l'un des parents à intervenir devant le Tribunal pour lui demander une décision plus conforme à l'intérêt de l'enfant.

Quels sont ces parents ? La question est sans importance pratique, car ce sont les proches parents, (père, mère, oncles, tantes, grands parents) qui seuls sont susceptibles d'intervenir ; néanmoins, nous pensons que la loi a voulu désigner toute personne qui tient aux enfants par les liens du sang ou l'alliée de cette personne. Peu importe le degré de parenté ou d'affinité, ce degré fût-il plus éloigné que le douzième. En effet, un parent au-delà du 12^e degré est inhabile à succéder, mais il n'en est pas moins membre de la famille (1).

Le législateur a renforcé en quelque sorte le système protecteur de l'enfant en permettant au *ministère public*, dont le rôle est de veiller aux intérêts des

1. Vraye et Gode, t. II, p. 19 ; Paris, 17 juillet 1886, D. 87.

2. 211 ; Req., 28 février 1893, D. 93. 1. 279.

incapables, d'intervenir d'une façon plus efficace.

En effet, en matière civile, le ministère public intervient ordinairement comme partie jointe ; c'est-à-dire en donnant par voie d'intervention ses conclusions après la clôture des débats. Il n'est partie principale que dans les cas spécifiés par la loi. L'un de ces cas est celui de l'article 240 : « Le Tribunal peut... sur les réquisitions du ministère public... ordonner toutes les autres mesures urgentes ».

Quoique partie jointe au regard de l'instance en divorce, le ministère public devient partie principale quant aux mesures provisoires concernant les enfants quand ces mesures sont provoquées par lui et à sa requête (1). En ce cas la procédure est faite à sa requête.

Ajoutons que le *Tribunal* peut toujours d'*office* et sans en être saisi par les parties, rendre un jugement dans lequel il statue s'il le juge utile sur les mesures provisoires relatives à l'enfant.

En terminant ce chapitre, nous faisons observer dès maintenant que les personnes qui peuvent provoquer les mesures provisoires au cours de l'instance peuvent également provoquer la modification des mesures prises par le Tribunal qui a statué sur le divorce, puisque la situation des enfants peut toujours être modifiée.

1. Massabiau. *Manuel du ministère public*, t. I, p. 191.

CHAPITRE III

DE LA COMPÉTENCE RATIONE PERSONÆ

Juge compétent. — Moment où doit être soulevée l'exception.
— Juge compétent pour statuer sur l'incident. — Nature du préliminaire de conciliation.

Le juge compétent pour statuer en conciliation sur le sort des enfants est le juge du *domicile du défendeur*.

La question de savoir quel est ce domicile peut provoquer un incident sur la compétence. Cet incident doit être soulevé *in limine litis*, de sorte que tant qu'il ne sera pas vidé, la situation de l'enfant sera sans solution, ce qui constitue un inconvénient.

De plus le sort des enfants pourrait rester incertain par suite du changement de domicile du mari défendeur, entre la conciliation et l'assignation, faisant ainsi échec à l'introduction de la demande. Cette difficulté va nous amener à étudier la *nature du préliminaire de conciliation*.

Certains auteurs ont prétendu que la conciliation de divorce était comme la conciliation devant le juge de paix, unpréliminaire de l'instance, mais n'en faisait pas partie.

D'autres, au contraire, ont soutenu que l'instance était engagée dès que le défendeur avait été touché par la citation en conciliation et que par conséquent c'était au seuil de la conciliation qu'il devait être excipé de l'incompétence.

Si l'on n'admet que le tribunal n'est saisi que lorsque le défendeur a été touché par l'assignation on arrive à ce résultat que le défendeur en changeant de domicile entre la conciliation et l'assignation, peut se soustraire à l'action intentée contre lui. Le tribunal, en effet, est obligé de se déclarer incompétent et les mesures provisoires sont mises à néant par la décision du deuxième tribunal saisi jusqu'à ce que ce deuxième tribunal se déclare incompétent à raison du changement de domicile du défendeur. Et ainsi de suite. L'état d'incertitude qui en résulte pour l'enfant est déplorable.

Il est infiniment probable que la conciliation de divorce dans l'intention du législateur faisait partie de l'instance elle-même, et n'en était pas le préliminaire, mais le premier acte (1). D'après le code, la

1. En ce sens : Demolombe, t. III, p. 557, n. 447. Carpentier, t. I, n. 112 ; Cass., 8 décembre 1880, D. 81. 1. 260.

Un arrêt de la Cour de Lyon du 12 janvier 1825 a voulu
Raveton

procédure originaire du divorce était compliquée et longue, parce que, réagissant contre l'abus du divorce qui était résulté de la loi de 1792, le législateur voulait le rendre plus difficile. Le législateur de 1886 ayant constaté les difficultés d'application de cette procédure que la loi de 1884 avait remise en vigueur, la simplifia, mais la procédure n'en forme pas moins un tout indivisible comme par le passé.

L'intérêt de la controverse naît à un autre point de vue encore. Si le juge devant lequel est engagée l'instance est incompetent, à quel moment faudra-t-il opposer l'exception? Au seuil de la conciliation ou devant le tribunal?

Dans ce cas encore nous déciderons avec la majorité de la jurisprudence et de la doctrine que l'instance en divorce est liée dès la comparution des parties devant le juge conciliateur (1). L'incompétence

appliquer à la séparation de corps le droit commun. L'arrétiste a été contraint, tout en affirmant le principe que l'instance n'était liée que par l'assignation, d'y apporter une exception et de déclarer qu'en cas de fraude, on devait faire remonter l'époque où le tribunal est saisi au jour de la conciliation.

Cette solution est inadmissible, les règles de la procédure et notamment de la compétence sont des règles essentiellement formalistes dans lesquelles les questions de bonne foi n'ont pas à intervenir.

1. Cass., 1^{er} juin 1891, S. 92. 1. 129; Nice, 10 août 1885, *Gaz. Palais*, 86. 1. Suppl. 149; Paris, 5 août 1886, D. 87. 2. 117. Note de M. Glasson; Paris, 5 février 1889, D. 90. 2. 358; Paris,

devra donc être opposée devant le Président conciliateur.

Deux nouvelles opinions dans la discussion desquelles nous n'entrerons pas se sont greffées sur cette dernière. Les uns prétendent que le Président doit connaître de la compétence, d'autres soutiennent que seul le tribunal doit statuer sur la compétence ; que le Président doit donner acte de l'exception à la partie qui l'oppose et la renvoyer devant le Tribunal (1). En vérité nous pensons que la solution juridique est celle qui refuse au Président le pouvoir de statuer sur la compétence, car la mission du Président a été déterminée par le code à l'article 238 et il n'y est pas question de compétence.

Cette solution a l'avantage de régler la situation des enfants. Tout en renvoyant devant le Tribunal pour voir statuer sur la compétence, le Président peut prendre les mesures urgentes relatives à la garde des enfants. Le Tribunal de la Seine, suivant la jurisprudence adoptée antérieurement par M. le président de

15 mars 1892, S. 92. 2. 72 ; Paris, 13 juin 1894, *Le Droit* du 21 juillet 1894.

En sens contraire : Fontainebleau, 3 nov. 1887, *Le Droit* du 11 nov. 1887 ; Seine, 1^{er} août 1888, *Le Droit* du 11 août 1888 ; Seine, 16 mars 1893, *Gaz. des Trib.* 11 et 12 sept. 1893 ; Carpentier, t. II, p. 60, n. 37.

1. Grenoble, 2 mai 1891, S. 92. 2. 177, D. 92. 2. 561 ; Lyon, 17 mars 1891, S. 92. 2. 1 ; De Belleyme, *Ordonnances sur requêtes et sur référés*, 3^e édition, t. I, page 316.

Belleyme, rendit le 27 décembre 1890 une décision en ce sens dont voici les motifs :

« Attendu que le Président du Tribunal fait com-
« paraître les parties, non en vertu d'une délégation
« du Tribunal et comme son représentant, mais en
« vertu d'attributions spéciales qui lui sont conférées
« par la loi ; qu'il ne saurait, en aucun cas, statuer
« en fait sur le bien fondé de l'exception d'incompé-
« tence, qui serait soulevée par l'une des parties com-
« parantes ; que le Tribunal seul aurait compétence
« pour admettre ou rejeter l'exception d'incompé-
« tence proposée ».

L'opinion contraire laisse la question de la garde des enfants sans solution, ce qui peut être un grave inconvénient. M. Appleton, dans une note sous un arrêt de la Cour de Grenoble du 2 mai 1891 précité a tenté de répondre à cette objection en reconnaissant au Président le droit de statuer sur ces mesures mais en qualité de juge des référés.

Cette solution doit être, selon nous, écartée, car nous pensons que le Président en référé n'a jamais qualité pour prescrire les mesures provisoires relatives à l'enfant.

CHAPITRE IV

DE LA COMPÉTENCE RATIONE MATERIE ET DES VOIES DE RECOURS

Pouvoirs du Président conciliateur. — Incompétence du Juge des référés. — Appel. — Pouvoirs du Tribunal. — Conflit entre les pouvoirs du Tribunal et de la Cour statuant sur l'appel de l'ordonnance du Président. — Pourvoi en Cassation. — Caractère révocable des mesures provisoires.

Le *Président conciliateur* statue sur les mesures qui concernent l'enfant. Ces pouvoirs lui sont propres en vertu de l'article 238 du Code civil. Non seulement le Président doit statuer lorsque l'une des parties l'en sollicite, mais encore dès qu'il est à sa connaissance que des enfants sont issus du mariage, il est tenu de statuer. Cela résulte de la rédaction de l'article 238 ainsi conçu : « ... le Juge statue... sur la garde provisoire des enfants... et il a la *faculté* de statuer également s'il y a lieu sur la demande d'aliments ». Si donc, ce n'est qu'une faculté pour lui de statuer sur la

demande d'aliments c'est donc qu'il est obligé de statuer sur les mesures énumérées à la première partie de l'article.

Ses *pouvoirs*, nous l'avons vu, sont *souverains*, l'unique motif de sa décision est l'*intérêt de l'enfant*.

L'*ordonnance de non-conciliation* règle la situation des enfants jusqu'à la décision définitive qui prononce le divorce d'entre les époux (1), — à moins qu'un fait nouveau ne vienne nécessiter leur modification au cours de l'instance (2).

Aussi nous déciderons qu'en *référé* le Président n'a pas compétence pour statuer sur les mesures provisoires qui concernent les enfants (3). Cela résulte du § 5 de l'article 238 qui ne reconnaît au juge des référés compétence que pour statuer sur la résidence de la femme.

L'opinion contraire a été soutenue et l'on a prétendu que malgré le texte formel de l'article 238, en cas d'urgence le Président pouvait statuer en référé (4).

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 27 octobre

1. A condition que l'ordonnance ait été suivie d'une assignation dans les 20 jours de sa date.

2. Roche-sur-Yon, 1^{er} avril 1903, *Gaz. des Trib.*, 2^e p., 65. 2. 1903.

3. Paris, 12 mars 1891, *Gaz. des Trib.* 26 mars 1891. Cass., 10 août 1887, D. 88. 2. 242 ; Paris, 8 fév. 1889, *Gaz. des Trib.* 24 fév. 1889 ; Paris, 10 janv. 1889, D. 90. 2. 333.

4. Vraye et Godé, t. II, p. 17.

1903 (1) constatant que le juge des référés était incompétent parce que il n'y avait pas urgence, semble reconnaître implicitement que dans le cas contraire il eût été compétent. Nous ne croyons pas que cette solution puisse être admise, dans l'état actuel des textes, tout en regrettant qu'elle n'ait pas été adoptée par la loi (2).

L'ordonnance du Président est *exécutoire immédiatement*, même si le Président use de la faculté qui lui est réservée d'ajourner les parties pendant 20 jours avant de leur permettre de citer. Le sursis ne peut porter préjudice aux enfants.

Mais pour que les mesures provisoires restent valables, il faut que le demandeur, autorisé à assigner, le fasse dans les vingt jours.

L'ordonnance de non-conciliation peut être frappée d'*appel* (art. 238, § 3) (3). L'appel en est porté devant

1. D. 03. 1. 574.

2. Néanmoins le juge des référés est compétent pour statuer sur l'exécution de l'ordonnance. Il arrive fréquemment, en effet, notamment en ce qui concerne les vacances que les parents ne sont pas d'accord. S'il est dit dans l'ordonnance, que l'enfant passera la moitié des vacances chez chacun de ses parents : un référé règle le différend. Le juge des référés est compétent en l'espèce parce qu'il s'agit de l'interprétation d'une ordonnance.

3. Cependant un arrêt de la Cour de Nancy (15 fév. 1896, D. 96. 2. 144) a décidé que lorsque la garde des enfants n'a fait l'objet devant le Président d'aucune demande et d'aucun litige, l'ordonnance de non conciliation n'avait pas un caractère con-

la Cour comme l'appel des ordonnances de référé. Comme pour ces dernières, le délai est de quinzaine à partir du jour de la signification (809, C. pr.) sans qu'il y ait lieu de tenir compte du délai de huitaine à compter du prononcé de la décision, pendant lequel il est interdit aux parties d'interjeter appel (1).

Lorsque la Cour est saisie, elle apprécie les motifs qui ont pu déterminer le Président à statuer, et rend son arrêt sans qu'elle ait à faire état des faits postérieurs à l'ordonnance. Cette opinion est controversée et nous verrons plus loin les raisons qui nous font admettre cette solution.

Quand le demandeur a saisi le *Tribunal* en assignant son conjoint, c'est à cette juridiction que revient le pouvoir de statuer sur les mesures provisoires. Le tribunal n'a pas, comme pourrait le faire croire la rédaction du § 5 de l'article 238, pour mission de contrôler le bien fondé des mesures prises par le Président en conciliation. Ce dernier a statué au mieux des intérêts de l'enfant tels qu'ils lui sont apparus. Le Tribunal ne pourra donc apporter de

tentieux et n'était pas susceptible d'appel. Cet arrêt, croyons-nous, fait une fausse interprétation de la loi. C'est en effet en vertu de l'art. 238 § 3 que le droit d'appel est accordé et non à raison du caractère de la décision, caractère dont il n'y a pas lieu de tenir compte.

1. Grenoble, 17 janvier 1893, D. 93. 2. 114.

modifications que si une situation nouvelle se présente au cours de l'instance.

La rédaction de l'article 238 a donné lieu à une importante controverse, car cet article présente dans ses § 3 et 4 des dispositions qui semblent contradictoires. Le § 3 est ainsi conçu : « Cette ordonnance est « exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de « Procédure civile ». Le § 5 ajoute : « Lorsque le Tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites « par le juge peuvent être modifiées ou complétées au « cours de l'instance par jugement du Tribunal, sans « préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, « en tout état de cause, en référé sur la résidence de « la femme ».

Quel est dès lors le juge d'appel de l'ordonnance de non-conciliation ? Il semble que ce soit la Cour d'après le § 3, mais d'autre part il semble que d'après le § 5 la Cour soit dessaisie lorsque le Tribunal est saisi par l'assignation (1).

Cette interprétation qui, on doit l'avouer, semble découler clairement du sens de l'article 238, est difficile à admettre, car elle choque les principes reçus en matière de procédure sur les voies de recours. D'après cette interprétation la solution de la ques-

1. Paris, 10 janv. 1889, D. 90. 2. 333 ; Bordeaux, 12 mai 1896, S. 97. 2. 192.

tion des mesures provisoires tiendrait à la plus ou moins grande célérité qu'apporterait la Cour saisie de l'appel à statuer et le demandeur à assigner. Il est étrange de donner compétence à la Cour pour statuer sur un appel alors qu'on la lui retire immédiatement pour donner compétence au Tribunal.

Il eût été préférable de donner dans tous les cas compétence au Tribunal en appel de l'ordonnance de non-conciliation. Or un tribunal ne peut pas connaître en appel de ses propres décisions. C'est ce qui arriverait en l'espèce, et l'on verrait le Président diriger les débats dans lesquels on discuterait sa décision.

On a prétendu dans une opinion moins absolue que la Cour aurait à statuer sur l'appel de l'ordonnance lorsque cet appel aurait été interjeté avant que le tribunal n'ait été saisi, mais qu'à partir de ce jour ce serait à ce dernier qu'il appartiendrait de statuer sur le bien fondé de l'ordonnance (1).

Cette opinion, qui se rapproche de la précédente, nous la rejeterons pour la même raison.

Les partisans de ces deux systèmes appuient leur opinion sur les travaux préparatoires de la loi (2). L'article 238 § 3 et 5 est identique au projet qui était proposé aux Chambres. Mais des amendements ont été

1. Bordeaux, 3 juin 1892, D. 92. 2. 524 ; Carpentier, *op. cit.*, n. 74 et 76.

2. *Journal officiel, Débats parlementaires*, Sénat, 1885, pages 1261 et suivantes.

proposés suivis de plusieurs renvois à la commission et de plusieurs discussions qui sont loin de fournir des éclaircissements à sa rédaction. On avait proposé (M. Griffe) de donner compétence, pour réformer l'ordonnance du Président, au Tribunal. Et sur l'observation de M. Denormandie que le Tribunal ne pouvait connaître en appel de ses propres décisions, on s'est cependant arrêté à l'idée proposée par M. Griffe en essayant de la concilier avec le principe rappelé par M. Denormandie. On est arrivé à une solution hybride, qui s'efforce de tourner les principes sans y parvenir. La seule solution qui nous paraisse admissible est celle que nous avons déjà émise plus haut : la Cour juge en appel l'ordonnance du magistrat conciliateur. Elle juge la situation telle qu'elle est apparue à ce magistrat. Elle n'a donc pas à se préoccuper des changements survenus dans la suite qui pourraient faire apprécier différemment la situation. Ce soin appartient au Tribunal saisi de la demande en divorce (§ 5) qui modifie en raison des circonstances les mesures provisoires ou les complète si elles sont insuffisantes (1).

1. Cette opinion a été soutenue au Sénat dans un discours prononcé par M. Dauphin : ... La difficulté me paraît avoir été soulevée par une question posée avec beaucoup de raison par l'honorable M. Bathie, qui s'est inquiété de la crainte de rencontrer des décisions simultanées et contradictoires d'une cour et d'un tribunal sur une même question. Je vous demande

La *Cour d'appel* peut être compétente pour statuer sur des mesures provisoires. En effet, quand appel a

la permission de rassurer M. Bathie et le Sénat. Il n'y aura pas cette contradiction. Il peut y avoir, dans une instance, des états successifs qui exigent des décisions diverses. Lorsqu'une cour d'appel est appelée à juger sur des mesures ordonnées par un président, elle statue sur ce qui existait, à l'heure où le président a rendu son ordonnance, et elle a dit si le président a eu raison ou s'il a eu tort, ce qui n'empêche pas que le tribunal saisi à nouveau sur un autre état de choses, doive examiner cet autre état et prendre d'autres mesures provisoires, sans qu'il y ait aucune opposition entre deux décisions de justice. A ce jour, 9 décembre, il faut que les enfants, au lieu de rester entre les mains de la mère, à laquelle on les avait confiés avec raison le 9 novembre, entrent dans un couvent ; ce sont des situations successives que le juge examine en première instance, que la Cour apprécie au jour où l'ordonnance a dû être rendue, qui n'empêche pas le moins du monde le tribunal de rendre une autre décision. Il ne s'agit que de mesures provisoires. La Cour a donc mission de juger si la mesure provisoire a été bonne à un jour déterminé, ce qui n'empêche pas le tribunal de juger au jour où il est ensuite saisi, s'il y a une autre mesure provisoire qu'il doit accorder, les observations sont du domaine du droit. Le tribunal, dit-on, peut être contre l'arrêt. Permettez-moi de vous dire que cela est invraisemblable. Le tribunal qui sait que son jugement peut être soumis sur appel à la Cour qui vient de statuer sur l'ordonnance du Président s'inclinera toujours devant l'arrêt lorsqu'il n'y aura pas une situation modifiée » (*Journal Officiel*, précit.). —

En ce sens, Bordeaux, 14 mars 1899, D. 00. 2. 277 et 12 mai 1896, D. 96. 2. 480 ; Pau, 28 janv. 1889, D. 90. 2. 16 ; Paris, 19 mars 1890, D. 90. 2. 550 ; 6 juin 1888, D. 90. 2. 333 ; 11 mars 1890, D. 90. 2. 333.

Un arrêt de la Chambre civile du 29 juin 1892 a fixé la

été interjeté du jugement statuant sur le divorce ; la Cour saisie de l'affaire devient compétente pour sta-

jurisprudence définitivement en ce sens : D. 92. 1. 553. Sur le moyen unique ; Vu l'art. 238 § 3, C. civ. ; Attendu que de la combinaison des § 3 et 5 de l'art. 238 C. civ., il résulte que, jusqu'au jour où le tribunal est saisi de la demande en divorce, le président statue par voie d'ordonnance sur les mesures provisoires que l'introduction de l'instance rend nécessaires, après quoi les pouvoirs de ce magistrat passent au tribunal, lequel, s'il y a lieu, modifie ou complète, sous forme de jugements d'incidents, les mesures provisoires déjà prescrites ;

Attendu que cette dernière disposition ne saurait avoir pour effet de supprimer le droit d'appel que le § 3 consacre expressément au profit de la partie intéressée, contre les ordonnances du président ;

Que cette suppression ne résulte ni implicitement ni explicitement des termes employés par le § 5, dont le seul but a été d'autoriser le tribunal à pourvoir aux changements qui, durant l'instance, peuvent survenir dans la situation des parties, et nécessiter des changements correspondants dans les moyens provisoires primitivement prescrits ;

Que vainement, pour décider le contraire, l'arrêt attaqué invoque les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 ; attendu qu'il ressort de ces travaux que si la commission du Sénat avait bien, il est vrai, proposé une disposition additionnelle, suivant laquelle l'ordonnance du président n'eût été susceptible d'appel qu'autant que le tribunal n'aurait pas encore été saisi de la demande principale, la disposition dont s'agit n'a pas été inscrite dans la loi.

Que dès lors, l'appel de cette matière reste soumis aux principes généraux sous la seule restriction du délai dans lequel il doit être formé.

Coulon, t. IV, p. 363 ; Huc, t. II, n. 330 ; Vraye et Gode, t. I, p. 227.

tuer sur les mesures provisoires si quelque fait nouveau vient rendre nécessaire une modification : l'accessoire suit le principal (1).

Par conséquent on peut formuler cette règle : Est compétente pour statuer sur les modifications à apporter aux mesures provisoires la juridiction saisie actuellement de l'instance en divorce.

Le *pourvoi en cassation* est une voie de recours exceptionnelle. En principe, il ne suspend pas l'exécution des décisions qui en font l'objet.

Cependant en raison des conséquences du jugement de divorce qui dissout le mariage, une loi du 6 février 1893 insérée à l'article 248 a décidé que le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps. On s'est demandé si ce caractère suspensif s'étendait aux mesures provisoires. Ce serait aller à l'encontre même du but cherché par le législateur que de décider que cet effet suspensif aurait pour résultat de mettre à néant les mesures prises provisoirement.

Mais des difficultés se sont présentées sur le point de savoir quel est le tribunal compétent pour statuer sur les modifications à apporter aux mesures provisoires lorsque le pourvoi est interjeté. Est-ce le tribunal qui a statué en première instance, est-ce la cour ? Nous pensons que c'est la juridiction saisie la dernière. Or,

1. Rouen, 20 mars 1890, D. 91. 2. 112.

en vertu du pourvoi suspensif, la Cour est dessaisie, et la Cour de cassation ne jugeant qu'en droit et non en fait, est incompétente pour statuer sur le sort des enfants. Sera-ce le tribunal civil, juge naturel de l'action en divorce, qui sera compétent ? Mais il est à craindre que si la Cour a infirmé sa décision, le tribunal sera porté à statuer dans un sens opposé sur cette question accessoire.

Un arrêt de la Cour de Grenoble du 30 juillet 1901 (1) a décidé que la Cour d'appel reste compétente pour statuer sur les modifications à apporter aux mesures provisoires. Cette opinion paraît être la plus conforme à l'esprit de la loi (2).

Le système des voies de recours que nous venons

1. D. 1903. 2. 61.

2. Voici les motifs de l'arrêt : « Attendu que l'effet suspensif du pourvoi en matière de divorce ou de séparation ne saurait s'étendre à des mesures destinées à être appliquées provisoirement pendant la durée de l'instance ;

« Que les décisions judiciaires telles que celles relatives à la garde de l'enfant, sont nécessairement exécutoires par provision et doivent l'être pour produire leur effet ;

« Attendu que les mesures provisoires sont, d'autre part, essentiellement révocables ou sujettes à révision et qu'il est de règle constante que les demandes introduites dans ce but doivent être portées devant le juge saisi en dernier lieu de l'instance au fond et ne sont en cas de nécessiter une instance nouvelle et principale qu'après décision définitive ayant dessaisi ce juge ».

En sens contraire : Douai, 17 mars 1897, D. 98. 2. 21.

d'étudier constitue un réseau de protection établi par la loi, pour assurer aux enfants pendant l'instance de divorce, la situation la plus convenable à leur intérêt.

Leur garantie la plus efficace est-elle dans le rouage subtil de la procédure ? Nous ne le pensons pas, car si la procédure est la garantie du plaideur, elle est aussi souvent une arme dangereuse qui a su quelquefois tenir en échec le Droit.

La seule garantie des enfants est dans le caractère *essentiellement provisoire* des mesures prises en leur faveur. C'est ce caractère qui est le trait le plus saillant du système établi par la loi. Le législateur n'a pas voulu qu'on pût, par le jeu de la procédure, rendre incertaine la situation des enfants. Ces derniers sont mis immédiatement en dehors du conflit, sans qu'aucun moyen dilatoire puisse retarder la décision qui a fixé leur situation. En même temps le législateur n'a pas voulu que cette situation fût immuable. Si le juge conciliateur s'est trompé, la Cour pourra modifier sa décision ; si des raisons nouvelles viennent rendre un changement nécessaire, la juridiction saisie de l'action principale rendra une décision s'adaptant aux circonstances nouvelles.

Ce caractère révocable n'est pas spécial aux mesures provisoires. Toutes les mesures prises relativement aux enfants après le divorce prononcé sont toujours révocables par le Tribunal.

CHAPITRE V

SANCTION DES MESURES PROVISOIRES (1) RELATIVES AUX ENFANTS

Délit de la loi du 5 décembre 1901.
Difficulté en cas d'opposition ou d'appel.

L'ordonnance du Président qui confie à l'un des époux la garde, confère à cet époux un droit, mais ne lui rend pas son enfant si l'autre des époux le détient et refuse de le lui rendre.

Les sanctions civiles de la loi sont impuissantes à faire respecter ce droit, — l'expérience l'a montré, — car la lutte pour l'enfant paraît d'autant plus vive et acharnée que la décision du Président est provisoire.

1. Afin d'éviter des redites nous n'avons examiné dans ce chapitre que ce qui se rattache immédiatement aux mesures provisoires.

Dans la III^e Partie nous étudierons plus complètement la question.

Il importait néanmoins que la formule exécutoire mise à la fin de la grosse ne demeurât pas vaine. Il y avait un trop grand intérêt pour l'enfant à ce qu'une loi lui assurât un sort pendant l'instance. Ce fut l'œuvre de la loi du 5 décembre 1901 qui donna aux décisions sur la garde de l'enfant une *sanction pénale*, en créant les délits d'*enlèvement* et de *non représentation* d'enfant. Le législateur inséra une disposition frappant ces délits en suite de l'article 357 du Code pénal (1).

Pour qu'il y ait délit, il faut que l'enfant soit « enlevé ou détourné des mains de ceux auxquels sa garde a été confiée ou des lieux où ces derniers l'ont placé ». En réalité le fait de ne pas obtempérer à une décision de justice statuant sur le sort des enfants ou d'en rendre l'exécution impossible, constitue le délit, et tombe sur le coup de la loi (2).

Par conséquent dès que l'ordonnance est rendue et après une mise en demeure de l'époux gardien le délit peut prendre naissance (3).

1. « Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice *provisoire* ou définitive au cours ou à la suite d'une instance en séparation de corps ou en divorce ».

2. Trib. correct. de Lille, 20 février 1902. *Gaz. Trib.* 5 mars 1902, D. 03. 2 44.

3. La jurisprudence, en effet, tend à rendre cette mise en demeure nécessaire pour la constatation du délit.

Cass., 18 mai 1905, *Gaz. Palais* 17 juillet 1905 ; Seine, 31 déc. 1901, *Gaz. trib.* 31 déc. 1901.

L'exécution provisoire est accordée de droit (art. 238 C. civ.), il importe peu en conséquence que l'époux qui n'a pas obtenu la garde ait interjeté appel ou ait fait opposition (1). Cependant des difficultés se sont présentées relativement au moment où prennent fin les mesures provisoires édictées par l'ordonnance du Président.

Lorsque le jugement au fond, définitif ou non, confirme les mesures du juge conciliateur, aucune difficulté ne saurait exister.

Mais supposons que le jugement donne la garde à l'époux qui en avait été privé en vertu de l'ordonnance du président.

Y aura-t-il délit si cet époux gardien en vertu du jugement enlève l'enfant à son conjoint pendant les délais d'opposition ou d'appel alors que son adversaire n'a pas usé de ces voies de recours ? Evidemment non, puisque c'est en vertu d'un titre seul valable en l'état actuel des choses que l'époux a agi.

Le délit au contraire pourra être commis par l'époux à qui le jugement a enlevé la garde, s'il refuse de rendre l'enfant, qu'il détient en vertu de l'ordonnance du président devenue actuellement sans effet.

Mais l'effet de l'opposition est de mettre à néant le jugement rendu par défaut, et l'effet de l'appel, dans le cas qui nous occupe, de suspendre l'exécution du

1. Lille, 20 février 1902 précité ; Seine, 31 déc. 1901, précité.

jugement. Dès lors, si l'époux gardien en vertu du jugement frappé d'opposition ou d'appel détourne l'enfant, il consomme le délit de la loi du 5 décembre 1901 parce que le fond même de l'affaire étant remis en question, les mesures provisoires revivent de ce fait.

On peut supposer encore que la garde a été confiée à un tiers par l'une des deux décisions, tandis que l'autre a confié à l'un des époux la garde, le délit naîtra dans les mêmes conditions.

La solution que nous avons adoptée est rigoureuse mais nous semble juridique. Mais il faut reconnaître qu'elle expose l'enfant à des changements qui sont fâcheux (1). Pour les éviter le Tribunal qui statue sur

1. Le jugement suivant montre assez la situation sans qu'il soit besoin d'y apporter de commentaires. Toulouse, 31 octobre 1903 : « Attendu que le témoin E..., entendu à l'audience a déclaré que se trouvant au mois de mai chez la dame M..., trois messieurs, dont l'un était le commissaire de Police du 3^e arrondissement, l'autre l'huissier P..., se présentèrent chez la dite dame, qu'ils réclamèrent, en vertu d'un jugement du tribunal d'Agen, l'enfant issu de son mariage avec le sieur M..., qu'elle avait conservé sous sa garde ;

« Que l'un de ces messieurs, qui était l'huissier P..., aurait dit qu'il venait au nom du Procureur de la République et exhibé des papiers dont il refusa de donner lecture à la dame M..., se contentant de dire qu'il était en règle et que cela devait lui suffire, et que la dame M... lui ayant répondu qu'elle voulait aller en référé, l'huissier P... lui aurait dit qu'elle n'en avait pas le droit ;

« Que malgré l'opposition très nette de la dame M... qui se

le fond peut en vertu de l'art. 135 du C. pr. civ., rendre sa décision exécutoire par provision. On pourrait soutenir que dans ce cas la décision du Tribunal est exécutoire par provision de droit en vertu de l'art. 238

mit devant le litou reposait l'enfant, elle fut écartée assez brusquement et l'enfant endormi fut réveillé et emporté sans même qu'on eut donné à la mère le temps de l'habiller.

« Attendu, il est vrai, que par son ordonnance du 5 février 1902, le président du tribunal civil de Cahors avait confié provisoirement au père, le sieur M..., la garde des enfants issus de son mariage avec Adèle M..., que par son jugement du 13 août 1902, statuant sur le résultat des enquêtes ordonnées par celui du 13 mars même année, le tribunal de Cahors confia encore à M... la garde de ses enfants et que l'arrêt de la Cour prononçant le divorce, uniquement aux torts et griefs d'Adèle M..., épouse M..., confia ainsi la garde de ces deux enfants au sieur M... ;

« Mais attendu que le jugement du tribunal de Cahors en date du 13 mars 1902 ordonnant la preuve des faits articulés par les parties, décidait que le père conserverait la garde de l'ainé des enfants et la mère de l'enfant le plus jeune ; qu'aux termes de l'art. 248 C. civ., additionné de la loi du 6 février 1893, le pourvoi en cassation est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps ; que le jour où l'enfant a été pris à la dame M..., épouse M... les délais du pourvoi n'étaient pas expirés ;

« Que M... ne pouvait faire exécuter à cette date les décisions de justice ci-dessus rendues en sa faveur et que le tribunal estime qu'il a par suite contrevenu à la loi du 5 décembre 1901 ;

« Attendu, quant à l'application de la peine, que le tribunal estime qu'elle doit être aussi modérée que possible ;

« Par ces motifs : condamne M. M... à 16 francs d'amende, alloue les dépens à Adèle M... à titre de dommages-intérêts ».

C. civ. D'après cet article, le Tribunal a toujours pouvoir pour statuer sur les mesures provisoires si la situation est modifiée. Or, le jugement sur le fond frappé d'une voie de recours devient quant à la garde des enfants une décision provisoire exécutoire par provision, surtout si cette décision est basée sur une situation qui, au cours de l'instance, apparaît différente de ce qu'elle était au début. Et de ce chef, ce jugement ressortit son plein effet jusqu'à ce qu'une décision définitive ait statué sur le fond.

La loi du 5 décembre 1901 a fait œuvre utile parce qu'elle a donné une sanction pénale à des décisions que les sanctions civiles étaient impuissantes à faire exécuter. Au surplus les tribunaux se montrent modérés sur l'application de la peine (le jugement du tribunal correctionnel de Toulouse rapporté plus haut en est un exemple), et c'est à juste titre. Il y a toujours en effet en cette matière des circonstances atténuantes. L'important est que l'enfant soit remis à son gardien. Ce but est atteint lorsque le parquet, ayant agi, a fait restituer l'enfant. Si l'auteur du délit est poursuivi et puni d'une peine légère, il sera suffisamment, pour l'avenir, contenu par la perspective de peines plus sérieuses de la récidive.

TROISIÈME PARTIE

Du divorce et de la puissance paternelle.

Le divorce produit des effets tellement radicaux sur le lien conjugal qu'il est impossible qu'il n'ait pas un retentissement sur les rapports entre les parents et l'enfant. Le lien de filiation subsiste, intact ; mais il faut que les relations entre les parents soient réglementées afin qu'aucun conflit ne naisse entre les anciens époux. Aussi, la rupture du lien conjugal a pour conséquence d'apporter des modifications à la puissance paternelle ou tout au moins à son exercice.

C'est pourquoi les auteurs déterminant les effets du divorce sur les rapports des parents et des enfants se sont demandés ce qui restait de l'édifice de la puissance paternelle sous la loi nouvelle qui régit les époux divorcés.

De grandes divergences les séparent. Les uns pensent que le divorce a pour effet de déchoir de la puissance paternelle l'époux contre lequel il est pro-

noncé et de donner ouverture à la tutelle au profit de ce dernier. *Zachariae* est, parmi les auteurs qui ont soutenu cette théorie, le principal (1). « Après le « divorce, les droits de puissance paternelle n'appar-
« tiennent qu'à l'époux qui a obtenu le divorce ; l'au-
« tre époux est considéré comme mort, sous réserves
« toutefois des exceptions que la loi établit ou permet
« au juge d'apporter à cette règle. La tutelle des
« enfants nés du mariage appartient donc à l'époux
« qui a obtenu le divorce ».

Nous critiquerons ce système parce qu'il ne nous paraît pas possible d'admettre d'abord que le divorce entraîne la déchéance de la puissance paternelle et en second lieu que la tutelle s'ouvre après le divorce.

Pour justifier l'idée de déchéance Zacharie s'appuie sur les articles 302, 303, 304 et 386 C. civ. Les restrictions que ces articles apportent à la puissance paternelle sont autant de déchéances. Nous avons vu au début de cette étude que la jurisprudence admet depuis la loi de 1889 que la puissance paternelle est indivisible : on ne conçoit plus dès lors une déchéance partielle de la puissance paternelle. On ne conçoit pas davantage une déchéance totale puisque le divorce ne rentre pas dans les cas limitativement prévus par la loi de 1889 (2). En outre on conçoit difficilement l'ap-

1. *Zachariae*, Ed. Massé et Vergé, t. I, p. 271, § 148.

2. On avait, antérieurement à cette loi, fait objecter à Zacha-

plication pratique de cette déchéance. En effet le divorce peut être prononcé aux torts et griefs des deux époux. Que devient dans ce cas la puissance paternelle ? Lorsque la garde est confiée à l'époux contre qui le divorce est prononcé, il se produit un résultat qui paraît un peu contradictoire : cet époux va exercer des droits dont il est déchu. Enfin on se demande comment on peut concilier cette déchéance avec le droit de surveillance réservé dans l'article 303 (1).

Si l'on rejette l'idée de déchéance, sorte de mort civile, il est naturel de rejeter également l'idée d'ouverture de la tutelle. En effet, selon Zachariae l'ouverture de la tutelle est la conséquence immédiate de la mort civile. La tutelle ne s'ouvre que lorsque la

riae que pour qu'une peine soit encourue, il faut qu'elle soit méritée, ce qui n'était pas toujours le cas, notamment lorsque le divorce est prononcé aux torts réciproques.

1. Remarquons que le législateur a toujours fait preuve d'une circonspection extrême et a toujours manifesté les plus grands scrupules quand il s'agit de diminuer la puissance paternelle. Le code nous en fournit de nombreuses preuves. La dégradation civique qui était une peine infamante entraînait pour le condamné la déchéance de ses droits civiques et politiques, elle l'excluait de tout conseil de famille, de toute tutelle, excepté de la tutelle de ses propres enfants, dit l'article 34 du Code pénal. L'article 42 du même code qui permet aux tribunaux jugeant correctionnellement d'interdire au condamné, en tout ou en partie, l'exercice de ses droits civiques civils et de famille, s'arrête également devant l'interdiction de la tutelle et de la curatelle des enfants de l'interdit (Vraye et Gode, p. 233, t. II).

protection assurée à l'enfant par la présence de ses deux parents disparaît.

De plus nous croyons que l'on ne saurait admettre l'ouverture de la tutelle parce que ce serait créer une institution que la loi n'a pas établie. La loi a prévu d'une façon limitative les cas dans lesquels la tutelle prend naissance, on ne saurait étendre par voie d'analogie ces cas (1).

Bien que nous pensions que dans l'état actuel des textes on ne puisse admettre la tutelle, nous ajouterons néanmoins que le système de Zachariae est une solution qui aurait pu arrêter le législateur de 1886. En effet, le divorce est presque toujours défavorable à l'enfant. Il semble que les garanties de protection

1. C'est ce qui résulte d'un jugement du Trib. civil de Chateauroux du 6 mars 1894 (D. 75. 2. 75). — Un testateur avait fait un legs à des mineurs en spécifiant que le père n'aurait pas droit à la jouissance ni à l'administration des biens légués. Cette clause était parfaitement valable, mais le testateur avait indiqué dans son testament qu'un administrateur serait désigné par le conseil de famille. Le tribunal a décidé que cette clause n'était pas valable par le motif que la tutelle et ses organes ne pouvaient être créés au gré des particuliers en dehors des cas où la loi l'institue. — Un jugement de Rennes, 5 déc. 1901 (*Gaz. Palais*, 1902. 1. 45), décide que la destitution de la tutelle ne saurait avoir pour effet de priver celui qui en est l'objet de la garde de l'enfant, attribut de la puissance paternelle. Ce qui montre bien que la puissance paternelle et la tutelle sont deux institutions tout à fait indépendantes et que l'une n'est pas destinée à suppléer l'autre.

qui lui sont fournies par l'accord de ses deux parents venant à disparaître, la tutelle soit l'institution qui doive le mieux remédier à cet état de chose, grâce à la réunion du conseil de famille et à la nomination du subrogé-tuteur, chargés de veiller aux intérêts pécuniaires et moraux de l'époux gardien qui en est chargé.

Mais il faudrait alors créer une institution nouvelle, une sorte de tutelle élargie qui s'étendrait à la fois sur la personne et sur les biens de l'enfant.

Des auteurs ont soutenu que *le père continuerait après le divorce à être le seul détenteur de la puissance paternelle* (1). Demolombe qui soutient cette opinion part de ce principe que le législateur a donné à la puissance paternelle une durée illimitée que seule la mort peut faire cesser et il a établi le père seul détenteur de cette autorité. Sans doute on lit à l'article 373 les mots « *durant le mariage* », mais le législateur en

1. Demolombe, t. IV, livre I, titre VI, ch. III, p. 579. ,
Eh ! sans doute : mais il conservait aussi la puissance paternelle dans le cas de divorce ; et sous ce rapport, lorsque l'article 373 lui confère cette autorité durant le mariage, ces mots, dans la pensée de la loi, signifient durant sa vie. La preuve en est dans l'article 384 : « Le père, durant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère ... ».

Proudhon, *Traité de l'usufruit*, t. I, p. 525. — Toullier, t. IV, n. 749. — Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, éd. de 1894, t. I, n. 391. — Leloir, *op. cit.*, p. 255, t. I.

écrivant ces mots ne songeait qu'à la dissolution par la mort, il suffit pour s'en convaincre, ajoute M. Demolombe, de rapprocher l'art. 373 de l'art. 384 relatif à l'usufruit légal : « Le père, durant le mariage, et, après « la dissolution du mariage, le survivant des père et « mère... »

Aussi, la dissolution du mariage par le divorce n'a pas été prévue par le législateur, et le père reste seul investi de l'exercice de la puissance paternelle.

Cet argument repose sur une fausse interprétation de la puissance paternelle. Actuellement la puissance paternelle a pour but avant tout la *protection de l'enfant*. Aussi elle n'est plus le privilège exclusif du père, car la mère aussi bien que le père collabore à l'œuvre de protection de l'enfant. Elle détient donc au même titre que son mari la puissance paternelle, seul l'exercice lui en est refusé. Or, c'est ce que Demolombe et les auteurs qui soutiennent cette opinion méconnaissent. Ils ne distinguent pas entre la puissance paternelle et l'exercice de cette dernière. Le divorce ne porte pas atteinte à la puissance paternelle, seul l'exercice de cette dernière cesse d'être le privilège exclusif du père.

Proudhon, qui est partisan de cette théorie s'appuie sur les articles 302 et 303 qui réservent au père et à la mère respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, pour prétendre que la puissance paternelle subsiste dans son intégrité.

Cette explication des articles 302 et 303 ne peut être maintenue si l'on fait la distinction entre le droit et l'exercice du droit, ainsi que nous le montrerons au cours de ce chapitre.

Proudhon, pour soutenir sa thèse, commet une confusion entre la tutelle et la puissance paternelle. Il déduit de ce que le divorce n'est pas une cause de destitution de la tutelle, le père conserve sur ses enfants mineurs la puissance paternelle. Or, en matière de divorce point n'est question de tutelle, la tutelle, nous l'avons dit plus haut, est une institution qui ne peut exister qu'après le décès de l'un des époux. Cette institution peut avoir quelques analogies avec la puissance paternelle, mais elle en est absolument distincte, surtout par son origine. Ces deux institutions ne peuvent donc avoir aucune influence l'une sur l'autre.

Deux autres opinions ont été émises. Elles représentent une conception plus moderne de la puissance paternelle, en ce sens que l'une et l'autre partent du même principe, savoir : que *le père et la mère après le divorce ont des droits égaux sur l'enfant*. Il ne nous paraît pas douteux que tel est l'esprit de la loi. Car si l'on examine les textes du code attentivement, on s'aperçoit que cette opinion en résulte directement. En effet : l'article 373 dispose que le père seul exerce la puissance paternelle *durant le mariage*. Or, les articles précédents posent en principe que l'enfant à

tout âge doit honneur et respect à *ses père et mère* et qu'il reste sous *leur* autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation. C'est donc qu'après le mariage dissout, le principe de l'autorité collective renaît, puisqu'il n'y a plus lieu de donner à l'un plutôt qu'à l'autre la prédominance.

Durant le mariage, le législateur pour établir la stabilité de la famille a réuni dans les mains du père l'autorité paternelle et l'autorité maritale. Il ne faut pas en effet qu'il y ait dans la puissance paternelle un germe de désagrégation du mariage. Il faut que l'unité soit conservée et c'est par cela que l'exercice de la puissance paternelle est entre les mains du mari seul dont l'opinion est censée inspirée par l'avis de sa femme qu'il a consultée préalablement. Mais après la dissolution du mariage ces raisons n'existent plus, chacun des époux conserve ses droits, qui, aux termes des articles 371 et 372, sont égaux.

Il n'y a pas dans la suppression du privilège du père la moindre déchéance, son droit reste entier, l'exercice exclusif du droit lui est seul enlevé parce que la cause même qui donnait naissance à ce droit — le mariage — a cessé (1).

1. Grenoble, 24 juillet 1900 : « Attendu que la puissance
« paternelle instituée tout autant dans l'intérêt des enfants que
« dans celui des père et mère, et pour permettre aux parents
« de s'acquitter convenablement de leurs devoirs d'entretien et
« d'éducation, appartient en principe tout à la fois au père et

Mais ici les deux opinions que nous exposons, après avoir admis ce principe ne l'appliquent pas de la même façon.

Laurent veut que les parents divorcés exercent la puissance paternelle concurremment (1).

Les auteurs les plus modernes, MM. *Baudry-Lacantinerie*, et *Huc* veulent qu'après le divorce l'exercice

« à la mère ; que si pendant le mariage le père l'exerce seul
« (art. 373 C. civ.) cela tient uniquement à ce que la famille
« doit être alors soumise à l'autorité du mari à qui la femme
« elle-même doit obéissance (art. 213) ; mais que lorsque le
« lien conjugal est dissous par le divorce, chacun des époux
« reprend l'exercice de son droit sans autre limite que le droit
« concurrent de son autre conjoint ». On retrouve des motifs
analogues dans un jugement du tribunal de la Seine du
25 novembre 1896 (D. 97. 2. 297) : « Attendu que si, pendant
« le mariage le père exerce seul la puissance paternelle (art. 373
« C. civ.) cela tient uniquement à ce que la famille doit être
« alors soumise à l'autorité du mari à qui la femme elle-même
« doit obéissance (art. 213) ; mais que lorsque le lien conjugal
« est dissout par le divorce, chacun des époux reprend l'exer-
« cice de son droit sans autre limite que le droit concurrent de
« son ancien conjoint ».

Paris, 19 juillet 1906 (*Le Droit* du 5 sept. 1906) : « Considé-
« rant qu'aux termes de l'art. 372 du C. civ., le père et la mère
« sont investis concurremment de la puissance paternelle ; que
« si durant le mariage le père exerce seul cette autorité, le
« divorce en rompant le lien conjugal a pour effet de restituer
« à la mère des droits égaux à ceux du père ».

1. *Laurent, Principes du droit civil*, 3^e éd., 1878, t. III, n. 294, p. 338. Egalement *Vraye et Gode*, t. II, p. 235.

de la puissance paternelle appartienne à l'époux à qui la garde est confiée (1).

Ajoutons immédiatement que c'est cette dernière théorie qui est adoptée par la jurisprudence. La raison qui l'a fait adopter, c'est qu'elle est de toutes la plus pratique. En effet, pour connaître si l'un des époux a le pouvoir de faire un acte quelconque il suffit de savoir s'il a ou non la garde. On arrive ainsi à donner au droit de garde une extension qui n'était, sans doute pas dans l'idée du législateur. C'est pourquoi nous préférons nous rallier à l'opinion de Laurent qui pense que la puissance paternelle est exercée après le divorce par les deux parents. L'intention du législateur est de la sorte suivie. Le Tribunal en déterminant à qui appartient le droit de garde se borne simplement à confier à l'un des époux l'exercice d'un attribut de la puissance paternelle, en laissant aux deux époux l'exercice de tous les autres attributs. Si l'exercice de ces attributs fait l'objet d'un désaccord le tribunal le tranchera. Il faut reconnaître que des difficultés peuvent se présenter, mais la loi en est la cause. En tous cas l'exercice de la puissance paternelle, c'est-à-dire l'initiative des actes qui concernent ses divers attributs, est laissée aux deux époux.

1. Baudry-Lacantinerie, 1902, t. III, p. 171 ; *Huc, Commentaires du Code civil*, t. II, n. 422 et suivants.

Au contraire dans l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie et Huc l'époux à qui la garde est refusée est paralysé dès le jugement qui prononce le divorce. Il ne peut plus prendre l'initiative d'aucun acte, il ne peut intervenir qu'en combattant devant les juges une décision prise par son conjoint, ce qui, à notre avis, est non-seulement contraire à l'esprit de la loi, mais aussi souvent injuste. En effet, il arrive fréquemment que l'époux à qui la garde est confiée succombe dans l'instance de divorce, et il n'est pas équitable de réduire l'autre parent à ce rôle amoindri, qui a des analogies avec celui d'une personne déchue de la puissance paternelle.

Nous allons suivre, en examinant les divers attributs de la puissance paternelle, les décisions de la jurisprudence, qui s'inspire surtout de l'intérêt de l'enfant.

SECTION I

De la personne de l'enfant.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT DE GARDE

Définition. — Sa nature d'après l'esprit de la loi. — Œuvre de la jurisprudence. — Droit de visite. — Droit de surveillance. — Choix du gardien. — Intérêt de l'enfant. — Pouvoir d'appréciation des tribunaux. — Garde confiée au père, à la mère, à un tiers.

La loi a posé les bases du partage de l'enfant en réglementant dans l'article 302 le droit de garde. Mais ce droit n'est à aucun endroit défini par le code.

Selon nous, cette omission doit être déplorée, parce que les tribunaux s'en sont prévalu pour étendre le droit de garde à tel point que ce droit devient

parfois synonyme de « puissance paternelle » (1).

A notre avis, ce droit, dans l'esprit du Code, doit être entendu dans un sens restreint. On pourrait dire qu'il est à la puissance paternelle ce qu'est la possession précaire à la propriété. Le droit de garde est un droit continu, qui est exercé par une personne jouissant de la plénitude de ses droits sur un enfant mineur, une sorte de possession en vertu de laquelle le gardien a la charge de veiller sur lui et de lui assurer les soins nécessaires à son développement intellectuel, moral et physique. Le droit de garde n'est pas exclusif entre les mains de celui qui le détient, puisqu'un droit de surveillance est réservé à celui qui en est privé. Aussi pensons-nous qu'en établissant le droit de garde le législateur a voulu simplement que l'enfant habite chez celui qui en est titulaire, afin d'y recevoir cet ensemble de soins, dont a besoin d'être entouré tout enfant qui se développe. Par conséquent on pourrait dire que dans l'esprit de la loi, le droit de garde varie à chaque instant et qu'il perd en quelque sorte de son intensité à mesure que l'enfant grandit.

Peut-être est-ce intentionnellement que le législateur a omis de définir le droit de garde. En effet, voulant faire œuvre utile et pratique, il a laissé aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation. Il a craint sans

1. Chambéry, 15 nov. 1887. Fuzier-Hermann. *Divorce*, n. 4079.

doute qu'en donnant des limites trop précises au droit de garde, il eut détruit le caractère pratique et souple qu'il voulait donner à sa loi. La rigidité convenait mal à une loi destinée à régir des situations aussi différentes qu'il y a d'espèces.

C'est donc la jurisprudence qui a défini le droit de garde. Nous allons essayer d'analyser l'interprétation que les tribunaux ont faite de ce droit. Ils se sont trouvés en présence de la situation suivante : Une famille s'était formée, avait vécu, le divorce va la dissocier, le père et la mère vont devenir deux étrangers l'un pour l'autre, tous deux veulent avoir l'enfant, en tous cas les droits de chacun sur celui-ci sont égaux. Cet enfant ne peut sans inconvénient grave être confié alternativement à chacun de ses parents. Il faut que l'un d'eux ait un droit prépondérant sur lui. C'est ce *droit prépondérant* qui constitue de droit de garde.

Mais ce droit prépondérant pourra être quelquefois très restreint, comme il pourra aussi être très étendu. Une fille en bas âge est confiée à la garde de sa mère ; on peut dire que les pouvoirs de cette dernière sont aussi larges que possible. Elle seule aura à s'occuper d'elle. Au contraire les parents d'un jeune homme de 15 ans divorçant, on confie la garde à la mère en faveur de qui le divorce a été prononcé, et le jugement dit que ce fils sera placé dans telle maison d'éducation, que son père aura le droit de le faire sortir le jeudi, sa mère le dimanche et qu'il

passera un mois de ses vacances chez chacun de ses parents. En quoi diffère le droit de l'époux gardien de celui qui ne l'est pas ? Tout au plus en un *homage rendu à sa conduite* ; mais en fait le droit de garde est réduit dans l'espèce à sa plus simple expression (1).

1. Dans un jugement rendu en 1907 par le Tribunal de la Seine à la suite de débats retentissants, il est dit : « Attendu qu'il est de l'intérêt des enfants de demeurer sous la garde de leur mère à qui ils ont été provisoirement confiés ; qu'il y a lieu toutefois de permettre à De C. de voir souvent ses enfants, dont il lui appartient de contrôler l'éducation et qu'il est indispensable de lui assurer le libre et facile exercice des droits de visite et de contrôle qui lui sont expressément réservés... ;

« Confie à la dame de C. la garde des trois enfants issus du mariage ; dit, toutefois, qu'elle ne pourra les faire sortir du territoire continental de la France sans l'agrément et le consentement de leur père ou, à défaut de ce consentement, sans l'autorisation de la justice ;

« Dit que, sauf pendant les mois d'août et de septembre, elle devra les envoyer, chaque semaine, le jeudi et le dimanche, à onze heures et demie du matin chez la dame de C., leur grand'mère, à son domicile à Paris, et qu'ils y resteront jusqu'à six heures et demie du soir ;

« Dit, en outre, que la demanderesse devra donner les enfants à leur père pendant une semaine, au moment des fêtes de Pâques, et pendant le même laps de temps au jour de l'an, et qu'ils passeront, chaque année, avec leur père, le mois d'août ou le mois de septembre, au choix de celui-ci ;

« Dit que de C. devra faire connaître à la demanderesse, dès avant le 1^{er} juillet de chaque année, le mois qu'il aura choisi pour l'exercice du droit qui vient de lui être réservé, et qu'à

Il serait téméraire d'essayer d'envisager toutes les situations qui se sont présentées et qui ont donné au

défaut de cet avis il sera réputé avoir choisi le mois de septembre et que les enfants lui seront confiés, en conséquence, du 1^{er} au 30 septembre inclusivement ».

Les mêmes observations se dégagent de cet autre jugement rendu le 30 déc. 1908 dans la même affaire sur un incident soulevé par le père. En voici les principales dispositions :

« Déclare de C. mal fondé dans ses demandes tant principales que subsidiaires, l'en déboute ;

« Maintient en conséquence la garde des trois enfants mineurs à la dame de S., leur mère ;

« Dit qu'elle ne pourra les faire sortir du territoire continental de la France sans le consentement de leur père, ou, à défaut de ce consentement, sans autorisation de justice...

« Dit que jusqu'à la rentrée d'octobre 1909, et sauf pendant les mois d'août et de septembre, la dame de S. devra les envoyer chaque semaine, le jeudi et le dimanche, à onze heures et demie du matin, chez la dame de C., leur grand'mère, à son domicile à Paris, 27, rue de Constantine, et qu'ils y resteront jusqu'à six heures et demie du soir ;

« Dit, en outre, qu'elle devra donner les enfants à leur père pendant une semaine au jour de l'an et pendant le même temps aux fêtes de Pâques, et qu'ils passeront cette année six semaines avec leur père au choix de celui-ci ;

« Dit que de C. devra faire connaître à la dame de S., avant le 1^{er} juillet prochain, la période qu'il aura choisie, et qu'à défaut de cet avis il sera réputé avoir choisi les six dernières semaines des vacances scolaires ;

« Dit qu'en attendant la rentrée d'octobre 1909 les deux aînés seront placés par les soins de leur mère comme demi-pensionnaires ou externes dans un des grands établissements d'éducation de Paris, sauf impossibilité constatée par le docteur Richar-

droit de garde un sens plus ou moins étendu. Les deux exemples que nous avons opposés l'un à l'autre suffisent à montrer que le droit de garde est essentiellement variable au gré des tribunaux pour le plus grand intérêt de l'enfant.

A ce droit, qui est presque toujours continu, on oppose souvent le *droit de visite*, droit plus restreint

dière, médecin de l'hôpital des Enfants malades, que le Tribunal commit d'office à cet effet ;

« Dit qu'à la rentrée d'octobre 1909 les deux aînés seront placés, par les mêmes soins, soit au collège de Normandie, dans la Seine-Inférieure, soit dans un établissement d'éducation analogue situé dans un rayon de cent cinquante kilomètres de Paris, à moins que le docteur Richardière ne soit d'avis que l'état de santé de ces enfants ne leur permet pas de supporter ce régime ;

« Dit, dans ce dernier cas, qu'il examinera s'ils peuvent être placés à cette époque comme demi-pensionnaires ou externes dans un des grands établissements d'éducation de Paris ;

« Dit, l'intérêt de ces deux enfants exigeant qu'ils ne soient pas séparés, que si l'un des deux ne pouvait pas supporter, l'autre enfant bénéficierait de la mesure prise à l'égard de son frère ;

« Dit que tous les quinze jours, et dès maintenant, soit l'établissement où ils seront placés, soit leur précepteur, sera tenu d'envoyer au père copie du bulletin de leurs études ;

« Dit que les petites et grandes vacances dans l'établissement où ils seront placés à la rentrée d'octobre 1909 seront partagées par moitié entre le père et la mère, le choix étant réservé à la mère ;

« Dit que les visites auront lieu aux jours et aux heures réglementaires de l'établissement, les première et troisième étant réservées à la mère, les deuxième et quatrième au père ;

qui est plus ou moins largement accordé, et peut être même supprimé complètement. On a vu, en effet, des tribunaux, dans certains cas d'inconduite grave de l'un des époux, interdire à ce dernier de voir ses enfants. Le droit de visite est toujours discontinu. Il est accordé à l'époux qui n'a pas la garde. Sa raison d'être est le *lien d'affection* qui unit les parents aux enfants. Tandis que la garde est avant tout le droit qui permet à l'époux qui en est investi de remplir pour le plus grand intérêt de l'enfant la charge de l'élever, le droit de visite est le droit que la loi reconnaît aux parents de témoigner à leurs enfants leurs sentiments d'affection, à condition que ce droit ne soit en rien préjudiciable à l'enfant. Il faut éviter que l'un des parents devienne étranger à son enfant, il faut qu'un lien subsiste. Peut-être sera-ce cette affection commune pour l'enfant qui amènera un jour la réconciliation (1).

Pour nous résumer sur les deux droits de garde et de visite, nous dirons que le premier est destiné à assurer à l'enfant les conditions de l'existence de la façon la plus favorable et le second à donner satisfaction aux liens d'affection qui unissent l'époux non gardien à son enfant (2).

1. Trib. Seine, 3 février 1902. *La Loi* du 4 mars 1902.

2. Bruxelles, 22 déc. 1906. *Gaz. Trib.* 6 avril 1907 :

« Attendu que, bien que privée momentanément du droit de garde et d'éducation, l'appelante conserve son droit de sur-

En réalité le droit de visite n'est pas la contre-partie du droit de garde. Le droit qui s'oppose exactement à ce dernier est le *droit de surveillance*. En effet le droit de garde entraîne la charge de l'enfant. L'époux qui n'en est pas investi conserve le droit de veiller à ce que cette charge soit bien remplie par son ancien conjoint, mais ce droit n'est que la conséquence de ce que le lien de filiation n'étant pas rompu par le divorce, celui des parents qui s'est vu refuser la garde conserve toutes ses obligations à l'égard de son enfant et aussi ses droits dans la mesure où ils ne lui sont pas retirés.

C'est ce qui fait qu'à côté de l'art. 302 qui traite de la garde, l'art. 303 ajoute ; « Quelle que soit la
« personne à laquelle les enfants seront confiés, les
« père et mère conserveront respectivement le *droit*
« *de surveiller* l'entretien et l'éducation de leurs
« enfants, et seront tenus d'y contribuer à propor-
« tion de leurs facultés ».

L'art. 303 ne donne pas la définition de ce droit pas plus que l'art. 302 ne définit le droit de garde. Cependant le droit de surveillance se conçoit nettement. C'est le droit pour l'époux non gardien de veiller à ce que l'enfant soit traité, soigné avec toute la sollicitude à laquelle il a droit, qu'il reçoive une

« veillance et celui de satisfaire les sentiments naturels d'affec-
« tion qui doivent régner et être entretenus entre une mère et
« ses enfants ».

éducation conforme à ses aptitudes, à la fortune de ses parents et à leur situation.

Mais où les difficultés se sont élevées c'est sur l'exercice de ce droit ; nous aurons à examiner ces difficultés dans la suite de cette étude.

Il nous faut examiner maintenant quels sont les principes que le Code a donnés au Tribunal pour le *choix du gardien*.

L'idée maîtresse qui doit guider les décisions des magistrats est *le plus grand intérêt de l'enfant*. Tel doit être, en effet, le but unique auquel ils doivent tendre. Et au nom de cet intérêt le législateur leur donne la faculté d'adopter la solution qu'ils jugeront la meilleure.

La puissance paternelle et ses prérogatives ne paraissent pas avoir préoccupé le législateur. Il est à remarquer en effet que le mot ne se rencontre pas une seule fois dans le chapitre « des effets du divorce ». Et cela se conçoit. Il ne faut pas que cette puissance qui a été instituée, nous avons essayé de l'établir (1), pour permettre aux parents d'accomplir leurs obligations vis-à-vis des enfants, devienne par sa rigidité une cause de dommage pour ceux-ci. Le législateur en a donc limité l'exercice en donnant pour guide aux tribunaux le seul intérêt de l'enfant.

Cet intérêt, ainsi que l'équité, commande d'une façon

1 Voir chapitre II, § 2.

générale que l'enfant soit confié à l'époux en faveurd' lequel, a été prononcé le divorce ; c'est souvent en effet l'innocent, la victime, celui dont la conduite est sans reproche.

Aussi l'art. 302 débute ainsi : « Les enfants seront « confiés à l'époux qui a obtenu le divorce ». Cette solution est la plus fréquente, celle qui revient le plus souvent sur les plûmitifs des greffiers, celle que consacrent les innombrables jugements d'assistance judiciaire prononcés par défaut contre un époux souvent disparu sans domicile ni résidence connus. Mais elle n'a rien d'impératif pour le juge que guide seul l'intérêt de l'enfant (1).

La solution qui vient de nous occuper n'est pas imposée au tribunal et la suite de l'article 302 lui laisse la faculté de confier la garde, soit à l'autre époux, soit à une tierce personne.

Et de fait, nous l'avons dit lorsque nous nous sommes occupés des mesures provisoires, il est souvent préférable pour les enfants d'être confiés à l'époux contre qui le divorce a été prononcé. On peut être, a-t-on dit, bon mari et mauvais père, bonne mère et mauvaise épouse. C'est ainsi que les tribunaux donnent presque toujours à la mère même coupable la garde des enfants en bas âge (2).

1. Le Mans, 11 avril 1885. *Le Droit* du 15 nov. 1885.

2. Cass., 3 janvier 1893, D. 1896. 4. 126.

La Cour de Paris, à la suite de débats célèbres, dans lesquels M^e Rousse se présentait pour l'une des parties, ne considéra pas comme une mère indigne une femme qui avait attenté à la vie de son mari (1).

On a même vu des tribunaux confier la garde aux deux parents alternativement chacun pendant six mois (2).

En un mot, le pouvoir des tribunaux est souverain en cette matière. La Cour de cassation à plusieurs reprises l'a affirmé (3). Bornons-nous à rapporter les motifs suivants d'un arrêt du 28 février 1893 (4) :

« Attendu que, en cas de divorce ou de séparation
« de corps, les juges du fait ont un pouvoir souve-
« rain, non seulement pour désigner suivant les cir-
« constances la personne à laquelle il convient de

1. Paris, 20 octobre 1886, D. 88. 2. 101.

2. Auxerre, 8 mars 1905. *Le Droit* du 8 avril 1905 :

« Attendu qu'aux termes de ce même jugement la garde
« de l'enfant issu du mariage a été confiée à chacun d'eux pen-
« dant six mois de l'année ...

« Attendu que pour attribuer au père et à la mère un droit
« égal à la garde de l'enfant, le jugement de divorce est basé
« sur ce motif que l'un et l'autre malgré leurs torts respectifs
« offraient à raison de leur honorabilité une égale garantie pour
« l'éducation de l'enfant dont les intérêts étaient ainsi sauve-
« gardés ».

3. Req., 16 juill. 1888, D. 89. 1. 456. Req., 3 janvier 1893,
D. 93. 1. 517.

4. D. 1893, 1. 206.

« confier la garde des enfants, mais encore pour
« régler le mode suivant lequel cette garde devra
« s'exercer ; qu'ainsi libres de remettre la garde des
« enfants même à celui des époux qui a succombé
« dans le procès, ils le sont conséquemment aussi
« d'ordonner que les enfants seront confiés à cet
« époux à des moments et époques déterminés ».

Les tribunaux pour fixer leur religion devront tenir compte de toutes les circonstances de fait de nature à sauvegarder son intérêt physique et moral : âge, sexe, conditions des parents, leur conduite, leur fortune.

Et si cet intérêt l'exige, l'exercice du droit de garde sera enlevé aux parents et les enfants seront confiés à un tiers (1). Il s'agit parfois de soustraire l'enfant au contact de parents indignes. D'autres fois l'époux qui obtient le divorce ne peut à cause de sa profession qui le retient constamment dehors s'occuper des enfants (2).

Souvent les tribunaux choisissent comme gardiens les grands parents (3). L'affection des grands parents est souvent plus vraie, plus désintéressée que celle des parents les plus unis. Leur affection est en quelque sorte un amour paternel épuré de tous les soucis

1. Cass., 16 juill. 1889, D. 1889. 1. 456. Cass., 28 fév. 1893, D. 93. 1. 279.

2. Paris, 15 novembre 1890, D. 2. 307.

3. Paris, 15 novembre 1890, précité.

pécuniaires et autoritaires qui viennent trop souvent altérer l'affection des parents.

Le tiers à qui seront confiés les enfants peut être aussi un étranger ou un établissement d'éducation, en un mot toute personne que le Tribunal jugera convenable pour remplir cette mission.

Il faut faire observer que lorsque la garde est confiée à un tiers, il importe pour les tribunaux de régler avec un soin tout particulier les pouvoirs et la mission de ce tiers. Ils peuvent être plus ou moins étendus. Aussi la plupart des décisions de justice de cette nature (1) s'attachent à réglementer d'une façon précise le droit de garde. Il serait à souhaiter qu'il en fût de même des décisions dans lesquelles la garde est confiée à l'un des époux. Bien des difficultés seraient évitées et bien des frais de justice épargnés (2).

1. Paris, 15 novembre 1899, D. 2. 307.

2. Nous avons fait observer à plusieurs reprises dans cette étude que l'esprit de la loi et de la jurisprudence était de sauvegarder avant tout l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt préoccupe parfois à tel point les tribunaux qu'on a vu le tribunal de la Seine refuser à une femme la conversion de sa séparation de corps en divorce par le motif que l'intérêt de l'enfant s'y opposait : « Attendu, au surplus, que la mesure sollicitée par la « demanderesse est contraire à l'intérêt de la jeune fille issue « du mariage ; que c'est donc pour le Tribunal, usant de pouvoir d'appréciation que la loi lui confère, un devoir de rejeter « la demande qui lui est soumise ». Seine, 10 juillet 1894 confirmé par la Cour de Paris, 24 janvier 1895, D. 95. 2. 480.

S'il est vrai que les pouvoirs des tribunaux sont souverains, il faut observer que ces pouvoirs sont exorbitants du droit commun. En effet, c'est un principe, en matière de procédure, que les tribunaux n'ont pas le droit de statuer *ultra petita*. Or, il s'est présenté que dans une instance contradictoire l'un des époux avait, dans ses conclusions, demandé la garde de l'enfant et l'autre ne l'avait pas réclamée. La Cour néanmoins se basant sur son pouvoir discrétionnaire l'avait confiée à ce dernier. Dans un arrêt de rejet du 15 décembre 1896 la Cour de cassation a maintenu l'arrêt (1).

1. D. 1897. 1. 420.

CHAPITRE II

RAPPORTS DES PARENTS DIVORCÉS ET DE L'ENFANT PENDANT SA MINORITÉ

Garde. — Education. — Correction. — Engagements dans l'armée.

Pour nous conformer à ce qui a été établi par le Code, nous ramènerons les rapports des parents divorcés et de l'enfant pendant sa minorité aux droits de puissance paternelle et en examinerons les divers attributs (1).

Le droit de garde a déjà fait l'objet du chapitre précédent, et nous avons vu que cet attribut de la puissance paternelle a pris depuis l'établissement du divorce un sens tout à fait général qui ne s'adapte plus

1. Nous envisagerons toujours au cours de ce chapitre et du chapitre suivant le cas le plus simple du divorce : celui où la garde est conférée au père pour étudier dans deux chapitres spéciaux le cas où la garde a été confiée à la mère ou à un tiers.

avec la division que nous avons faite entre les divers attributs de la puissance paternelle au chapitre II de la première partie. Néanmoins on pourrait dire qu'il subsiste un droit de garde au sens étroit qui s'exerce plus particulièrement lorsque l'enfant est en bas âge et qui consiste surtout dans des soins matériels. Nous ne revenons pas sur cette distinction qui a été traitée au chapitre précédent.

L'un des attributs les plus importants de la puissance paternelle est le *droit d'éducation*, parce qu'il concerne surtout le développement de l'intelligence et du cœur de l'enfant et que des divergences peuvent exister entre les parents sur ce point, divergences qui nécessairement sont plus grandes et plus profondes que relativement aux soins physiques sur lesquels il est facile de s'entendre.

Durant le mariage le père seul décide le mode d'éducation à donner à l'enfant, ou plutôt sa décision est la seule qui soit reconnue par la loi. Mais il est censé avoir consulté sa femme et être préalablement tombé d'accord avec elle. Après le divorce au contraire, la décision du père ne vaut par elle-même que si elle est acceptée par la mère : car si la décision prise ne lui agréé pas, cette dernière pourra demander au Tribunal de la modifier (1).

Ainsi, la femme qui pendant le mariage ne pouvait

1. Cass., 27 janvier 1904. *Le Droit*, 12 juin 1904.

Raveton

exercer un droit de puissance paternelle sur son enfant, acquiert par le divorce, alors même que la garde de l'enfant lui a été refusée, l'exercice de ce droit, grâce au droit de surveillance qui lui est réservé.

Ce droit de surveillance qui paraît ne tenir dans le Code (art. 303) qu'une place incidente, est en effet un droit aussi énergique et aussi actif que le droit de garde lui-même puisqu'il est capable de tenir en échec la décision du gardien (1).

Les conflits relatifs à l'éducation de l'enfant sont fréquents dans la pratique. Les tribunaux pour régler ces différends s'inspirent de l'intérêt de l'enfant. Un arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 1904 (précité) a décidé que le juge du fond pouvait, en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant, dire que l'enfant, au lieu d'être élevé par un précepteur, serait placé soit comme externe, soit comme demi-pensionnaire, soit comme interne au lycée de la ville dans laquelle réside le père ou dans tout autre établissement conduisant ses élèves à ce lycée.

1. Cependant un arrêt de la Cour de Chambéry (15 novembre 1887. Fuzier-Hermann, *Divorce*, n. 4079) a jugé que lorsque la Cour avait confié au père la garde personnelle de sa fille, elle avait entendu, par le fait lui rendre d'une manière absolue et complète l'exercice de la puissance paternelle dont la loi l'investit; qu'à lui seul dès lors appartenait d'apprécier, s'il convenait ou non de la placer dans une maison d'éducation. Cet arrêt montre bien l'intention de la Cour de ne pas se substituer à la puissance paternelle, mais il paraît ne pas suffisamment sanctionner le droit de surveillance de la mère.

C'est ainsi que les tribunaux sont appelés à statuer sur des questions, qui devraient être hors de leur compétence pour mettre un terme au conflit des parents dont pourrait avoir à souffrir l'enfant.

Il est peut-être excessif que des magistrats soient appelés à juger quel est le mode d'éducation le plus convenable à un enfant. Une pareille disposition est de nature à les mettre dans une situation très délicate. On peut s'en rendre compte d'une façon particulièrement tangible si l'on songe que les magistrats pourraient être appelés à décider si l'enfant doit embrasser telle religion plutôt que telle autre. Le père ne veut pas que son enfant soit baptisé, la mère qui n'a pas la garde demande à ce qu'il le soit. Le Tribunal va-t-il rendre un arrêt semblable à ceux que rendait le Parlement de Paris pour contraindre les prêtres catholiques à administrer les derniers sacrements aux protestants et juger : « Disons que X. « sera tenu de faire administrer le sacrement du « baptême par un ministre de la religion catholique « à son enfant mineur et qu'en cas de refus de ce « faire le présent arrêt lui en tiendra lieu » ?

Il est certain qu'en ces matières la tâche des tribunaux est très difficile. Heureusement le cas est peu fréquent parce que l'enfant a déjà, en général, une religion au moment du divorce (1).

1. Cependant à notre connaissance le cas suivant s'est pro-

Les tribunaux ont en dehors de l'intérêt de l'enfant une autre base pour asseoir leur décision. Ils trouvent souvent dans la situation qui était faite à l'enfant durant le mariage les éléments de leur jugement. Notamment pour l'éducation. Si les parents se sont mariés religieusement, l'enfant est né catholique ou protestant, l'intention des parents était qu'il fut catholique ou protestant, il n'y a pas de raison après le divorce pour que l'un des époux ayant changé d'opinion le Tribunal ordonne qu'un changement soit apporté dans l'éducation de l'enfant. Pour donner satisfaction à chacun, les tribunaux, souvent hésitants, se réfugient dans l'éducation dite neutre.

Il arrive que les parents bien qu'en instance de divorce font taire leur querelle et tombent d'accord sur le mode d'éducation de l'enfant. Les tribunaux sont tenus de respecter cet accord, à condition qu'il ne préjudicie pas à l'enfant. Il outrepasserait ses pouvoirs si aucun préjudice n'étant établi pour l'en-

duit : Un enfant avait été élevé sans religion dans une école où l'instruction était dite neutre. Arrivé en troisième, il se trouve dans une situation spéciale, tous ses autres camarades étaient ou catholiques, ou protestants ou israélites. Cette situation lui devint insupportable, il demanda à être baptisé. Un conflit entre les parents en résulta. La décision du tribunal était facile à rendre, puisque l'enfant avait manifesté un désir : il fut donc baptisé par autorité de justice, avec défense à la mère qui s'y était opposée de troubler la cérémonie.

fant, ils rendaient une décision contraire à l'avis des parents. Cependant deux arrêts de Cassation (16 février 1865, S. 65. 1. 58. D. 65. 1. 218 et 3 janvier 1893, S. et P. 93. 1. 251) ont décidé que l'accord des parents ne licite nullement les tribunaux. A notre avis ces arrêts vont trop loin, aucun texte n'autorise les tribunaux à prendre une décision relative aux enfants contraire à celle que les parents ont prise d'accord. Mais ces décisions montrent l'orientation de la jurisprudence qui s'autorisant de l'intérêt de l'enfant a très rapidement augmenté ses pouvoirs au détriment de la puissance paternelle.

On voit donc par les explications qui précèdent combien l'intervention des magistrats dans ces conflits est loin d'apporter une solution satisfaisante au problème.

Droit de correction :

Nous avons essayé de montrer dans la première partie de cette étude que le droit de correction était beaucoup plus une restriction à la puissance paternelle qu'une aggravation du pouvoir des parents sur l'enfant. Nous avons envisagé ce droit de correction comme la limite extrême de la puissance paternelle sur l'enfant. Lorsque la nature de l'enfant est trop foncièrement mauvaise ou que les parents l'ont rendue telle par le manque d'éducation, l'Etat intervient du consentement des parents et met à leur disposition ses prisons. Mais si l'Etat intervient c'est autant

pour faciliter la tâche des parents que pour assurer la protection des enfants.

En réalité lorsqu'on examine de près le droit de correction on se convainc rapidement que si ce droit est placé parmi les attributs de la puissance paternelle, il n'en constitue pas le prolongement naturel. C'est une institution de la loi, qui ne découle pas des rapports entre les parents et les enfants tels que les conçoit le droit naturel. On ne peut donc raisonner sur ce droit que dans les limites étroites que la loi a bien voulu lui donner.

Ce droit est d'après le Code la prérogative seule du père durant le mariage (art. 375) : « Le père qui « aura des sujets de mécontentement très graves sur « la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants... » En cela le Code suit le principe posé à l'article 373. Faut-il déduire, ainsi que nous l'avons fait précédemment que, le mariage dissout, le droit de correction appartient conjointement au père et à la mère ? Nous ne le pensons pas, car, ainsi que nous venons de le dire, le droit de correction n'est pas à proprement parler un attribut de la puissance paternelle, c'est une institution que la loi a adjoint à la puissance paternelle et dont il faut beaucoup plus chercher l'interprétation dans les règles qui lui sont propres que dans celles de la puissance paternelle.

Or, il résulte de l'article 381 que le droit de correction ne passe pas directement à la mère après la dis-

solution du mariage par la mort du mari. Elle ne peut dans ce cas faire incarcérer son enfant que par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parents paternels.

Rien de semblable n'est prévu en cas de prédécès de la mère.

Il résulte donc des explications que nous venons de donner que le droit de correction étant une prérogative exclusive du père, ne change pas de nature, et ne passe pas à la mère en cas de divorce.

Il n'y a donc pas lieu pour cette matière de distinguer si le père a ou non la garde (1).

Remarquons d'ailleurs que les intérêts de la mère sont sauvegardés par le fait même du contrôle effectué par l'autorité judiciaire lorsque l'enfant a plus de 16 ans ou qu'il exerce une profession ou qu'il a des biens personnels. Lorsque l'enfant a moins de 16 ans, le président ne peut refuser au père l'ordre d'incarcération, mais la jurisprudence passe outre à cette disposition. Comme l'article 374 C. civ. donne au père le droit de détention alors seulement qu'il a des sujets de mécontentement très grave contre son enfant, on ouvre, pour vérifier la gravité de ses griefs, une enquête

1. Voir en ce sens Vraye et Gode, page 241. D'autres auteurs (notamment Taudière, p. 499) s'accordent pour maintenir au père le droit de correction, mais en se basant tant sur l'esprit général de la loi que sur la nécessité d'assurer l'unité de direction.

qui permet de rejeter les demandes d'incarcération, qui ne paraissent pas fondées (Fuzier-Hermann, *Puissance paternelle*, § 53).

D'ailleurs, le choix de la maison de détention appartient au président, ce qui permettra à ce dernier de sauvegarder l'intérêt de l'enfant.

Nous avons vu quels sont les droits du père. Nous examinerons plus loin la situation lorsque la mère a la garde et lorsque la garde a été confiée à un tiers.

L'engagement du mineur dans l'armée constitue une sorte d'émancipation de la personne de l'enfant.

Le Code civil qui fut fait sous la direction et avec la collaboration du Premier Consul, disposait (art. 374) que « l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est après l'âge de 18 ans révolus ». A cette époque on avait besoin de soldats, il ne fallait pas que les engagements fussent entravés.

La loi militaire de 1872 (art. 48) avait porté à 21 ans l'âge auquel peut s'engager sans le consentement de ses parents l'enfant mineur. L'article 374 et la loi de 1872 qui ne prévoyaient pas le cas où les parents sont divorcés, ont été abrogés par la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement de l'armée (1).

Cette loi a envisagé la question que nous étudions.

1. Sur les difficultés résultant de ces textes voir notamment : Marseille, 14 décembre 1872. S. 73. 2. 121.

L'article 50 est ainsi conçu : « Tout français ou naturalisé français... peuvent être admis à contracter un engagement volontaire dans l'armée active, aux conditions suivantes : L'engagé volontaire doit :

« ... 6° S'il a moins de 20 ans être pourvu du consentement de ses père et mère, ou tuteur, ce dernier...

« ... En cas de divorce ou de séparation de corps le consentement de celui des époux auquel la garde de l'enfant aura été confiée sera *nécessaire et suffisant* ».

Ainsi, comme l'engagement dans l'armée doit être fait rapidement, le législateur a voulu qu'il ne soit pas retardé ou empêché par des questions de consentement qui, soumises aux tribunaux, pourraient durer assez longtemps pour faire échec à l'engagement.

Cette disposition de la loi de 1905 ne peut s'expliquer que par le souci de faciliter les engagements volontaires, car il est bien certain qu'elle porte atteinte à la puissance paternelle, sans garantir d'une façon absolue l'intérêt de l'enfant.

En effet, l'époux qui a la garde n'est pas le seul investi de la puissance paternelle, et régulièrement son conjoint a un droit égal à donner son consentement.

Quant à l'intérêt de l'enfant, il est sacrifié : en effet, l'époux gardien pourra pousser son fils à s'engager, et ce sera un moyen de se décharger de l'obligation de la garde qui peut lui paraître lourde tout en la refusant à l'ancien conjoint.

Il peut arriver aussi qu'un jeune homme veuille par un de ces coups de tête que les jeunes gens regrettent plus tard, s'engager. La facilité qu'il a d'obtenir le consentement de l'époux gardien seul, ne l'arrêtera pas. Il n'eût pas été mauvais de rendre ce consentement un peu plus difficile.

Faisons observer que le législateur n'a voulu que la condition d'avoir obtenu le divorce à son profit s'ajoute celle d'avoir obtenu la garde ainsi qu'il l'a fait pour le consentement au mariage. Nous avons dit plus haut la raison de cette disposition : le service militaire de 2 ans ne paraissait applicable qu'à la condition d'avoir un grand nombre d'engagés volontaires. Tous les moyens étaient donc bons pour faciliter ces engagements.

Il faut remarquer ici que si cette loi peut être critiquée, sa rédaction ne laisse place à aucune contestation. Ce qui n'est pas sans intérêt.

CHAPITRE III

RAPPORTS DES PARENTS DIVORCÉS ET DE L'ENFANT PENDANT SA MAJORITÉ

Mariage de l'enfant. — Adoption.

La puissance paternelle, telle que le concevait l'ancien droit, a laissé quelques traces dans notre législation. C'est ainsi que le droit d'être consulté en cas de *mariage* de l'enfant ou en cas d'*adoption* en sont manifestement les restes.

L'*enfant mineur* ne peut contracter mariage sans le *consentement* de ses parents. L'enfant *majeur* lorsqu'il se marie doit préalablement *consulter* ses père et mère, nous allons voir dans quelles conditions. Nous aurions pu traiter de ce qui concerne le consentement requis pour l'enfant mineur au chapitre précédent, car ce consentement apparaît bien comme une manifestation de la puissance paternelle au sens moderne du mot, nous avons cependant préféré, afin de ne pas

diviser le sujet, réunir en un même chapitre tout ce qui concerne l'*autorisation au mariage*.

Le titre V, chapitre I, du Code civil « Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage » a été modifié à deux reprises différentes d'abord par la loi du 20 juin 1896 et ensuite par celle du 21-25 juin 1907, qui chacune ont enlevé une parcelle de la puissance paternelle.

L'œuvre du législateur de 1907 a été d'abaisser à 21 ans la majorité matrimoniale qui était fixée à 25 ans pour les fils. En outre, il a réduit le nombre des actes respectueux, les a simplifiés pour le majeur de 21 ans et a fixé à 30 ans l'âge auquel les parents ne sont plus consultés par l'enfant qui veut contracter mariage.

La loi de 1907 ne laisse plus subsister dans notre législation que dans une bien faible partie cette ancienne puissance paternelle que nous avons signalée.

Néanmoins ce qui subsiste de l'ancienne législation c'est que le consentement de la mère est exigé aussi bien que celui du père même pendant le mariage, dérogation à ce qui a lieu normalement au cours du mariage où le père est investi seul de l'exercice de la puissance paternelle. Mais en cas de désaccord, le consentement du père suffit.

Comment, en cas de divorce, le dissentiment des anciens époux sera-t-il tranché, lorsqu'il s'agira de consentir au mariage de l'enfant mineur, (car si l'en-

fant est mineur de 30 ans, le conflit est réglé comme pendant le mariage en cas de refus de l'un des époux) ?

Avant la loi du 20 juin 1896, on discutait sur cette question. Certains prétendaient que le consentement de l'époux innocent devait prévaloir. Mais la plupart soutenaient que malgré le divorce l'article 148 restait en vigueur (1). Ils essayaient par là de soustraire ces questions d'un intérêt trop exclusivement moral aux tribunaux. Mais leur solution n'était pas fondée sur des arguments juridiques. Car, en réalité, après le divorce, il n'y a plus aucune raison en droit pour donner au père plutôt qu'à la mère un droit de préférence.

La loi du 20 juin 1896 avait fait cesser ces incertitudes. Le législateur de 1896 ne reconnaissait pas au père un droit supérieur à celui de la mère.

« S'il y a dissentiment entre des parents divorcés
« ou séparés de corps, dit l'art. 152, le consentement
« de celui des époux au profit duquel le divorce ou la
« séparation de corps aura été prononcé et qui aura
obtenu la garde de l'enfant, suffira ».

Le législateur se basait sur deux choses pour donner à l'un des époux un consentement prépondérant : il fallait que cet époux ait obtenu la *garde* de l'enfant et que le *divorce* ait été *prononcé à son profit*.

1. Faivre et Coulon, p. 373 ; Carpentier, t. I, n. 391 ; Vraye et Gode, t. II, p. 248.

Le législateur pensait que l'époux qui avait obtenu le divorce était plus digne de ses préférences, et qu'ayant obtenu la garde il était mieux placé pour juger de l'opportunité du mariage de son enfant.

Le père ne conservait en vertu de la loi de 1896 le droit qu'il avait pendant le mariage que lorsqu'il réunissait les deux conditions de l'article 152 modifié.

Le législateur évitait ainsi l'intervention des magistrats dans certains cas, et ce résultat était heureux.

Mais lorsque le divorce avait été prononcé aux torts réciproques ou que la garde avait été confiée à celui qui n'avait pas obtenu le divorce à son profit, l'intervention des tribunaux était nécessaire. Elle est imposée encore, car la loi du 25 juin 1907 a maintenu la disposition de la loi de 1896. Il faut, d'après la législation nouvelle, pour que le père puisse donner son consentement malgré le refus de la mère, que celui-ci ait obtenu le divorce à son profit et qu'il ait actuellement la garde. Il ne suffit pas qu'elle lui ait été confiée à un moment donné.

Mais la loi de 1907 a prévu le cas où les deux conditions ne seraient pas réunies et a réglementé l'intervention des tribunaux. Le père qui n'a pas la garde, par exemple, et qui cependant consent au mariage de l'enfant alors que la mère s'y oppose, citera cette dernière à jour fixe à comparaître en personne devant le tribunal en chambre du conseil pour y déduire les motifs de son refus. Cette disposition est excellente

pour trois raisons. D'abord, parce que les parties comparaissent en personne et que le tribunal peut être édifié d'une façon plus utile. En second lieu, parce que les débats n'ont pas lieu en public, le jugement seul en effet est rendu à l'audience. Enfin, parce que ce dernier n'est susceptible d'aucune voie de recours. Heureuse disposition qui ne permet pas à l'époux débouté d'user de représailles en soulevant tous les moyens dilatoires que la procédure met à sa disposition (1).

Au point de vue du divorce les deux lois de 1896 et de 1907 constituent une réelle amélioration sur la législation antérieure. Elles ne sont cependant pas à l'abri de toute critique, et nous ne saurions trop signaler combien est excessive l'intervention des tribunaux, même restreinte aux proportions de la loi de 1907, dans une question de la nature de celle qui nous occupe. MM. Vraye et Gode, dans leur ouvrage sur le divorce, antérieur à la loi de 1896, s'exprimaient ainsi à ce sujet (2) : « Conçoit-on le Tribunal « écoutant discuter devant lui les mérites physiques,

1. L'exécution provisoire ne pouvait être prescrite en cette matière. Le seul moyen d'éviter l'inconvénient que nous signalons était de rendre impossible toute voie de recours. Cependant on aurait peut-être pu autoriser l'appel, en fixant un délai extrêmement court pour l'interjeter d'abord et le vider ensuite.

2. Voir t. II, page 248.

« moraux ou pécuniaires de l'homme ou de la femme
« que l'enfant songe à épouser et donner par juge-
« ment son consentement au mariage ».

Aussi, bien qu'ils furent d'avis que la puissance paternelle après le divorce appartient aux deux époux conjointement, ils proposaient de maintenir au père un consentement prépondérant.

Néanmoins nous sommes obligé de reconnaître que l'intervention du tribunal est nécessaire parce que dans l'espèce, la question qu'il s'agit de trancher est bien moins de savoir quels sont les mérites physiques ou pécuniaires du fiancé ou de la fiancée, que de savoir si le motif du refus n'est pas l'animosité de l'ancien conjoint mécontent.

L'adoption est une institution qui vient du droit romain. Elle constituait à Rome l'un des modes admis par le droit civil pour faire entrer une personne dans la famille ; mais au préalable, il fallait faire sortir l'adopté de son ancienne famille.

Actuellement l'adoption n'a pas un caractère aussi absolu que dans le droit de Rome. L'adoption crée des liens de quasi-filiation entre l'adopté et l'adoptant ; mais l'adopté continue à être lié avec ses parents par les liens de la filiation. De plus l'adoption n'a lieu qu'entre majeurs et sous certaines conditions d'âge prévues aux art. 343 et suivants du Code civil.

On retrouve cependant dans l'adoption des restes

de la *patria potestas* du *pater familias*; qui était maître de composer à son gré la famille en y faisant entrer ou sortir ceux de ses membres qu'il lui plaisait. En effet, jusqu'à 25 ans, l'adoption ne peut avoir lieu sans le consentement de l'adopté et à partir de 25 ans leur conseil doit être requis (article 346 C. civ.). Mais tandis qu'à Rome le père seul était le maître, tandis que, d'après le Code, pendant le mariage, le père seul exerce la puissance paternelle, lorsqu'il s'agit d'adoption, l'art. 346 exige le *consentement* et le *conseil du père et de la mère*.

La raison en est facile à déduire. L'adoption, bien qu'elle laisse subsister les liens de filiation, peut être un moyen de régulariser une situation irrégulière ou que la loi n'a pas permis de régulariser, un moyen de légitimation d'un enfant naturel ou de reconnaissance d'un enfant adultérin. On conçoit dès lors qu'il y a un intérêt immédiat pour chacun des époux à être consulté. C'est pour cette raison que nous pensons que le divorce n'apportant aucun changement à cette situation, il faut décider que si les deux époux ne sont pas d'accord pour donner leur consentement l'adoption ne peut avoir lieu. Lorsqu'il y a divorce entre les parents de l'adopté, les raisons de convenance que nous avons exposées sont d'autant plus importantes qu'elles rendent plus vraisemblables les hypothèses que nous avons citées.

A notre avis le Code ne s'est pas montré suffi-

samment rigoureux. Il aurait dû exiger le consentement des deux parents, quel que fût l'âge de l'adopté. Le conseil des père et mère exigé à partir de 25 ans est, peut-être, une attestation de leur droit de puissance paternelle, mais il rend illusoires les raisons de convenance qui, dans l'espèce, ont une importance capitale à notre avis.

CHAPITRE IV

DE LA CONTRIBUTION DES ÉPOUX DIVORCÉS AUX FRAIS DE GARDE, D'ENTRETIEN ET D'ÉDUCATION DE L'ENFANT

Nature de l'obligation alimentaire. — Est-elle solidaire, indivisible ? — Rapports entre les parents et l'enfant. — Rapports des parents entre eux. — Rapports des parents et des tiers. — Rapports des parents et du tiers gardien.

Nous avons vu dans le chapitre I^{er} relatif à la garde que l'époux, à qui est confié l'enfant par le jugement de divorce, est chargé — c'est sa principale obligation — du soin matériel de la personne de l'enfant. A lui incombe l'initiative et la direction sur ce point. Mais ce n'est pas à dire pour cela qu'il en ait la charge exclusive. Ce que nous allons étudier ici, c'est la *contribution de chacun des époux dans cette charge.*

Quel que soit l'époux à qui la garde est confiée, chacun des parents est tenu de subvenir aux frais

d'entretien de l'enfant. Cette obligation résulte de l'article 203 C. civ. : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». L'article 303 confirme cette obligation : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère... seront tenus de contribuer à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants à proportion de leur faculté ».

Lorsqu'il s'est agi de déterminer la nature de cette obligation, une controverse s'est élevée. Cette obligation est-elle *solidaire et indivisible*, ou bien est-elle simplement *personnelle et divisible*. Les textes semblent contradictoires. L'article 203 semble admettre la solidarité « contractent ensemble ». L'article 303 semble au contraire repousser toute idée de solidarité et faire triompher la thèse de ceux qui soutiennent la personnalité et la divisibilité de cette obligation.

Nous croyons que pour examiner la question d'une façon pleinement juridique, il faut la considérer successivement sous deux points de vue : d'abord dans les rapports entre les parents et les enfants, et ensuite dans les rapports des parents entre eux ou entre les parents et les tiers.

Rapports entre les parents et l'enfant :

C'est à cette hypothèse que s'applique très certainement l'article 203. Il est placé au titre « des obliga-

tions qui naissent du mariage » et plus spécialement vis-à-vis des enfants.

A l'égard de ces derniers, il faut admettre à notre avis, que cette obligation est indivisible. On ne conçoit pas, en effet, que si l'un des époux refuse de nourrir et d'entretenir son enfant, l'autre puisse n'en être tenu que pour une part. L'enfant a reçu la vie de ses deux parents, la vie est une chose essentiellement indivisible, chacun d'eux est tenu de la lui conserver.

C'est un cas d'indivisibilité relative prévu par l'article 1218 : « L'obligation est indivisible quoique la « chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par « sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible « d'exécution partielle ».

Si l'on conçoit, en effet, que l'obligation de fournir des aliments soit susceptible de division entre plusieurs personnes, on n'en peut concevoir l'exécution partielle dont le résultat serait la mort du créancier, l'enfant, et par suite l'extinction de la dette.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin et décider avec la jurisprudence que la dette est solidaire. Car, l'indivisibilité est un simple obstacle naturel qui empêche la division de la dette et qui a par contre pour résultat d'obliger le débiteur à qui le paiement est réclamé de s'en acquitter pour le tout. Au contraire, la solidarité est pour le créancier une garantie dont les effets sont beaucoup plus étendus et dont la durée

est moins précaire que celle de l'indivisibilité (1).

Mais, d'après l'article 1202, « la solidarité ne se pré-
« sume point ; il faut qu'elle soit expressément stipu-
« lée. Cette règle ne cesse que dans le cas où la soli-
« darité a lieu de plein droit en vertu d'une décision
« de justice ».

Les adversaires de la solidarité s'arment de cet arti-
cle pour repousser cette solidarité. Ils disent que, au
point de vue contractuel, les époux ne s'engagent pas
solidairement par le fait du mariage, à nourrir, entre-
tenir, élever leurs enfants. Ils pourraient dans leur
contrat stipuler cette solidarité ; aucun notaire, il est
vrai, n'a jamais songé à introduire une pareille clause
dans un contrat de mariage ; mais puisque le code n'a
pas déclaré cette obligation solidaire en termes formels,
on ne peut la considérer comme telle. Ils ajoutent que
rien dans les textes ne peut faire croire à un cas de
solidarité légale. C'est ce que nous contestons.

Le mot solidaire n'est pas prononcé dans la loi,
disent-ils, c'est incontestable ; mais nier la solidarité
des parents vis-à-vis de leurs enfants, c'est méconnaître
le caractère de l'institution même du mariage. Le
texte même de l'article 203 est mal rédigé. Ses termes
ne sont pas juridiques : « contractent ensemble ». De
même l'article 302 relatif au divorce est vague : « Ils
« seront tenus d'y contribuer proportion de leurs facul-

1. V. Planiol, 1900, t. II, § 779 et suiv. et 837 et s.

« tés ». Le législateur aurait pu mettre « contractuellement conjointement » ou « conjointement et solidairement ». Il a mis, à tort évidemment, une phrase vague susceptible d'interprétation. C'est pour cela que la jurisprudence en la rapprochant du caractère même de l'institution et de son but, a cru pouvoir admettre la solidarité. L'enfant a reçu la vie de ses parents qui doivent la lui conserver. Il n'a pas à rechercher, ni à se faire juge dans quelle mesure ceux-ci doivent le faire. Il doit lui suffire de s'adresser à l'un d'eux pour assurer son existence, et celui-là en sera tenu pour le tout (1). Telle est notre opinion en ce qui concerne les rapports des parents et des enfants.

Nous tenons à faire remarquer cependant que cette discussion est purement théorique, car l'enfant mineur, s'il est réellement créancier de ses parents ne peut faire valoir ses droits que par l'intermédiaire de ses représentants légaux, qui sont ses parents. C'est pour

1. Lorsque le mariage se dissout par la mort, que la succession de l'époux décédé est mauvaise, le survivant se trouve avoir seul la charge de l'entretien de l'enfant. Oserait-on soutenir que le survivant n'est tenu que pour sa part? On reculerait devant cette énormité, qui cependant serait logique. Personne n'y a jamais songé. Pourquoi? Parce qu'il y a un fait matériel qui s'impose : celui, qui a un enfant, doit le nourrir et le nourrir seul si le conjoint n'est plus là, c'est bien le caractère de solidarité de la dette qui incombe toute à l'un des débiteurs, lorsque l'autre fait défaut. Cette solidarité n'a pas besoin d'être prononcée par la loi ou les conventions, elle résulte des faits.

cela que dans les décisions de la jurisprudence, l'enfant disparaît en tant que créancier, et toute la question se ramène à une question de contribution des parents, soit entre eux, soit vis-à-vis d'un tiers.

Faisons observer également que ces questions lorsqu'il s'agit des rapports des parents et de l'enfant sont les mêmes dans le divorce que dans le mariage. Car le divorce ne rompt que le lien conjugal et non le lien de filiation. Mais pendant le mariage, elles ne se présentent pas parce que les conventions matrimoniales les empêchent de naître.

Rapports des époux entre eux :

En matière de divorce la personnalité de l'enfant en tant que créancier disparaît. Le jugement fixe sa situation juridique vis-à-vis de ses parents. Et c'est en quelque sorte le tribunal chargé de pourvoir au mieux de ses intérêts qui exercera ses droits. Le tribunal confie donc à l'un des époux la garde. Cet époux sera tenu dès lors de tous les frais d'entretien, de nourriture et d'éducation de l'enfant. Et de ce fait même naît à son profit contre l'époux non gardien une créance pour se faire indemniser d'une partie de ces frais d'entretien. La jurisprudence est fixée en ce sens. Un arrêt de la Chambre civile du 18 octobre 1904 (1) le montre. Le jugement prononçant le divorce avait confié au père la garde de l'enfant mineur issu du

1. Le *Droit* du 6 janvier 1905.

mariage et déclaré qu'il subviendrait seul aux frais de son entretien et de son éducation, que toutefois la mère serait tenue d'y contribuer à raison de 50 francs par trimestre. L'arrêt déclare « que la créance est ainsi « constituée non au profit de l'enfant mais au profit « du père ».

Un autre arrêt de la Chambre civile du 21 mai 1890 (1) confirme cette jurisprudence bien qu'il soit rendu dans un cas où le mariage n'était pas rompu. Voici une partie des motifs : La Cour, « Vu l'art. 203 « C. civ. ; Attendu qu'il résulte de cet article que « l'obligation de nourrir, d'entretenir et élever les « enfants communs pèse en même temps et pour le « tout sur chacun des époux ; que par suite le tiers à « qui l'enfant a été confié soit par les deux époux, soit « par l'un d'eux pour être nourri, entretenu et élevé, « a une action même pendant la communauté *tant* « *contre la femme* que contre le mari ».

Un jugement de Nancy, 15 avril 1899 (2), est également en ce sens. Le jugement avait confié à la mère la garde et avait déterminé en même temps pour la part contributive du mari l'obligation découlant de l'article 203 C. civ. L'arrêt confirmant le jugement décide que l'obligation ainsi déterminée par le jugement constitue un titre de créance non au profit de l'enfant mais au profit de la mère.

1. D. 1890. 1. 337.

2. D. 1900. 2. 193.

Donc, tout se résout lorsque le divorce est prononcé dans une question de *contribution entre époux*. L'époux qui a la garde est tenu de pourvoir à l'entretien de l'enfant, il y est tenu pour le tout. Mais du fait qu'il a obtenu la garde naît à son profit une créance contre son conjoint en remboursement d'une partie de cet entretien. Cette créance est variable, elle est évaluée proportionnellement à la fortune de chacun des époux (art. 303) de sorte que l'un d'eux peut être tenu, même s'il n'a pas la garde, à supporter la totalité des frais d'entretien, lorsque son conjoint est sans ressources. C'est ainsi que la situation suivante pourrait se présenter : un époux gardien tenu d'assurer l'entretien de l'enfant, n'en supporterait cependant aucune part, parce que son conjoint aurait été condamné à en supporter seul les frais (1).

Généralement, la contribution de l'époux non gar-

1. Un arrêt de cassation du 18 oct. 1904 (*Le Droit* du 6 janvier 1905) dans une espèce où la garde avait été confiée au père qui subviendrait seul aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant et dans laquelle toutefois la mère serait tenue d'y contribuer à raison de 50 francs par trimestre, a décidé que la créance était ainsi constituée au profit du père, à charge par lui de remplir en son entier l'obligation découlant de l'article 203 C. civ., dont chacun était tenu pour le tout sans solidarité.

Cet arrêt décide même — adoptant la distinction que nous avons faite — que, dans les rapports des époux entre eux, cette créance n'avait pas le caractère alimentaire.

Voir Nancy, 18 août 1899, D. 1900. 2. 193 ; Paris, 19 juillet

dien est fixée forfaitairement sous la forme d'une pension mensuelle qu'il paye à son ancien conjoint. On décide même que le conjoint débiteur de la pension n'a pas le droit d'exiger des comptes sur l'emploi de cette pension lorsque l'enfant est élevé dans une situation en conformité avec la fortune de ses parents (Paris, 28 juin 1889. *Gaz. Trib.* 5 juin 1889).

Rapports des époux et des tiers :

Ce que nous venons de dire nous permettra de fixer les rapports des parents divorcés avec les tiers pour les dépenses faites au profit de l'enfant.

Vis-à-vis de ces tiers, la personnalité de l'enfant mineur n'existe pas. Ils ne connaissent que celui des parents qui a contracté avec eux. Ils ne pourraient pas valablement s'adresser à l'autre époux. En effet, le jugement de divorce constitue une sorte de charte qui régit la famille. Ce jugement constitue un gardien. C'est par conséquent ce gardien qui a en mains la direction de l'éducation, de l'entretien de l'enfant, et qui en a par conséquent la charge. C'est lui qui s'oblige personnellement vis-à-vis des tiers. Cela est assez naturel. En effet, alors que entre eux les époux n'ont plus rien de commun, il serait anormal que l'un d'eux fut tenu de toutes les obligations contractées par l'autre pour l'éducation de l'enfant. Il pourrait se faire

1894, D. 1895. 2. 179 ; Paris, 20 oct. 1886, D. 88. 2. 101 ; Seine, 16 mars 1906, *Le Droit* du 7 septembre 1906.

que l'époux gardien fasse des dépenses exagérées et son ancien conjoint en serait tenu pour le tout ! Le jugement de divorce en confiant à l'un des époux la garde et en déterminant sous la forme généralement forfaitaire d'une pension, la contribution de chacun dans les frais faits pour l'éducation de l'enfant, évite ces difficultés. Le tiers s'adressera donc à l'époux gardien (à moins qu'il n'en ait été décidé autrement dans le jugement prononçant le divorce), et c'est lui qui sera responsable du paiement.

Par exemple : un enfant a été mis en pension dans un établissement d'éducation. Pour le paiement de la pension de l'enfant, le directeur devra s'adresser à l'époux gardien, car c'est cet époux qui a la charge de la personne de l'enfant, c'est lui qui a dû le remettre au directeur, et cela, même si c'est contre son gré et sur la demande de l'autre conjoint que l'enfant a été placé dans cet établissement. En conséquence, le directeur de l'établissement ne doit connaître que l'époux qui a la charge de l'enfant. L'époux gardien est donc tenu vis-à-vis de ce tiers de payer le prix de la pension (1). Il n'a pas, s'il est poursuivi, à demander que son ancien conjoint soit mis en cause. C'est lui qui est débiteur, c'est lui qui doit payer (2). Le

1. Paris, 20 oct 1886 précité, D. 88. 2. 101.

2. Cela résulte bien de l'arrêt de cassation du 18 octobre 1904 que nous avons cité plus haut.

conjoint non gardien n'est débiteur du conjoint gardien que de la pension, somme qui est en principe fixe, déterminée par le jugement de divorce, d'après l'article 303 qui peut être modifiée par les circonstances, survenues tant dans la situation du père que dans celle de l'enfant (1). Au surplus, si des dépenses extraordinaires et imprévues comme les frais d'une opération chirurgicale, étaient devenues nécessaires, l'époux qui n'a pas la garde devrait les rembourser

1. Un jugement du tribunal de la Seine du 17 mars 1897 (*Le Droit* des 10-11 mai 1897) a décidé que l'obligation d'entretenir, élever et nourrir les enfants incombait même à celui des époux à qui la garde n'avait pas été confiée. Cela n'est pas contestable à notre avis. Mais ce jugement en conclut que cet époux était obligé envers le maître de pension chez qui les enfants avaient été placés, et qu'il n'avait pas de recours à exercer contre l'autre époux pour sa part contributive, si celui-ci n'avait pas de ressources personnelles.

Nous critiquerons ce jugement parce que nous pensons qu'on ne peut conclure de ce que les deux parents sont tenus d'entretenir l'enfant, le plus solvable est tenu seul vis-à-vis de l'autre.

Ce jugement fait une confusion : les deux parents sont tenus de l'entretien, mais le fait d'avoir obtenu la garde est un titre, qui rend l'époux auquel le tribunal l'a confiée, personnellement responsable vis-à-vis des tiers des charges de l'entretien de l'enfant. Quant à la question de contribution, elle a été réglée par le jugement qui a prononcé le divorce et qui a fixé la pension que devait servir l'époux non gardien (en l'espèce le plus riche des deux) à l'époux gardien.

Le jugement n'a pas pris le soin de faire la distinction entre la charge et la contribution.

pour sa part à l'époux gardien. Mais c'est ce dernier qui est tenu vis-à-vis du créancier d'en payer le prix.

Même en dehors de toute action en divorce, un arrêt récent de la Cour de Douai décide que lorsqu'un des époux au cours du mariage ayant quitté le domicile conjugal avec l'enfant commun, a contracté vis-à-vis d'un tiers une dette pour des aliments de cet enfant, ce tiers n'est pas fondé à réclamer des aliments à l'autre conjoint (1).

Ajoutons que la jurisprudence de la Cour de Cassation décide que l'obligation alimentaire est, durant le mariage, solidaire, que le tiers qui a contribué à

1. Douai, 7 mars 1907 (*Le Droit* du 5 oct. 1907). Voici les motifs de cet arrêt :

« Attendu que, chacun des père et mère étant tenu pour le
« tout des aliments dus à l'enfant, la mère qui emmène et
« garde avec elle l'enfant hors du domicile conjugal, et sans
« l'assentiment du père, ni de justice, assume par le fait,
« l'obligation d'assurer seule son entretien ; et le tiers, qui au
« courant de cette situation de l'enfant et de la femme à
« l'égard du père et du mari a nourri chez lui la mère qui
« nourrissait l'enfant, puis a même donné quelques aliments
« directs à l'enfant en bas âge, a fait une prestation bénévole,
« qui en tant qu'elle a aidé la femme à soustraire l'enfant à
« l'autorité du père qui la réclamait, étant contraire à la loi,
« ne peut trouver dans celle-ci, de principe d'action contre le
« père, et en tant qu'elle a prêté une aide à l'exécution de
« l'obligation de la mère envers son enfant, ne peut donner
« lieu qu'à recours contre celle-ci, puisque ainsi était acquittée
« une dette dont, surtout en ces circonstances, celle-ci était
« tenue pour le tout ».

nourrir, entretenir ou élever l'enfant peut exiger de la femme, qui en est tenue pour le tout, le montant de ses dépenses (1).

Mais nous avons vu que le divorce constitue une situation nouvelle, que nous nous sommes efforcé d'analyser. Cette situation nous a contraint à décomposer l'obligation d'entretien de l'enfant, et nous pensons que si l'on décomposait de la même façon cette obligation au cours du mariage on aboutirait à une solution différente de celle de la Cour de Cassation.

Rapports des parents avec le tiers gardien :

Le tiers gardien a toujours le droit d'exiger une indemnité pour sa peine et le remboursement de sa

1. Cass., 21 mai 1890, D. 90. 1. 337 : La Cour ; Vu l'art. 203 C. civ. ; Attendu qu'il résulte de cet article que l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants communs pèse en même temps, et pour le tout, sur chacun des deux époux ; que par suite, le tiers à qui l'un des enfants a été confié soit par les deux époux, soit par l'un d'eux, pour être nourri, entretenu et élevé, a une action, même pendant la communauté, tant contre la femme que contre le mari ;

Attendu qu'en décidant le contraire et en repoussant la demande en paiement formée par C... contre la dame A..., par le motif que, tant que les intérêts des époux sont réunis et confondus sous la direction et l'administration du mari, c'est ce dernier seul chef de l'association conjugale, qui doit satisfaire à l'obligation alimentaire commune et qui peut seul être contraint au paiement, le jugement attaqué a formellement violé l'article susvisé.

dépense. Mais auquel des deux époux s'adressera-t-il pour obtenir ce paiement ?

Ici, nous nous trouvons encore en présence de la discussion que nous avons exposées plus haut. L'obligation est-elle solidaire ou simplement divisible ?

Le tiers gardien, en effet, a pourvu aux besoins de l'enfant, il a fait des avances pour son entretien. La situation est très différente de celle que nous venons d'examiner, elle est au contraire presque identique à celle qui se présenterait si l'enfant lui-même adressait à ses parents une demande en paiement de ses frais d'entretien.

Le tiers qui a agi en vertu d'un titre, le jugement de divorce, dans l'intérêt de l'enfant se trouve en présence de deux personnes également tenues de la même dette.

A notre avis, la dette est solidaire en vertu de l'article 203 d'abord et pour les raisons que nous avons indiquées plus haut. Le tiers gardien pourra donc s'adresser à celui des époux qu'il jugera le plus solvable et cet époux débiteur sera tenu pour le tout vis-à-vis du créancier, sauf son recours contre son ancien conjoint, s'il a payé plus qu'il n'était tenu.

L'article 303 qui dispose que les parents seront tenus de contribuer à l'entretien et l'éducation de leurs enfants à proportion de leurs facultés, nous le répétons, ne s'applique qu'entre époux. Il ne s'ap-

plique pas au tiers gardien qui n'a pas à s'occuper de la question de contribution.

Nous tenons à faire remarquer d'ailleurs, que la question que nous venons d'étudier ne se pose qu'exceptionnellement. Elle peut se présenter pour des dépenses extraordinaires non prévues, telles que les frais d'une longue maladie ou d'une opération chirurgicale. En effet, pour le cas où la garde a été confiée à un tiers, dans le jugement qui prononce le divorce, le Tribunal, dans le but d'éviter la difficulté qui pourrait se présenter, fixe la proportion dans laquelle chacun des époux devra contribuer à l'entretien de l'enfant et dans ce cas-là le tiers, qui a été nommé gardien par le jugement, est tenu de se conformer aux termes de ce jugement.

CHAPITRE V

DU DÉLIT D'ENLÈVEMENT ET DE NON-REPRÉSENTATION D'ENFANT (LOI DU 5 DÉCEMBRE 1901, ART. 347; C. PÉN.)

Sanctions civiles : Saisie des revenus de la femme. — Dommages-intérêts. — Astreintes. — Force publique. Sanction pénale : Loi du 5 décembre 1901. — Délit d'enlèvement. — Délit de non-représentation. — Le délit ne s'applique pas au droit de visite. — Caractère du délit : Est-il continu ou successif ? — Y a-t-il des cas d'excuse ?

Pour qu'une décision de justice soit efficace, il faut qu'elle ait une sanction. La loi de 1886 n'en avait pas prévu d'autres à l'ordonnance du président ou au jugement du tribunal, qui confiait la garde à l'un des époux, que celles que le code de procédure met à la disposition des parties pour exécuter les jugements, c'est-à-dire les sanctions civiles. Il semblait en effet que les voies d'exécution qui assuraient le respect des décisions de justice seraient suffisantes. La pratique vint démontrer surabondamment que les *voies civiles*

d'exécution étaient impuissantes à arracher à une mère l'enfant dont on lui avait enlevé la garde. De plus, ces voies d'exécution ne s'adaptaient pas au but à atteindre. C'est ainsi que la question se posa de savoir si la *saisie des revenus de la femme* pouvait être autorisée en exécution d'une ordonnance de conciliation.

Certains auteurs l'ont prétendu (1). D'autres ont prétendu que cette voie est impossible parce qu'elle suppose un rapport de créancier à débiteur qui n'existait pas dans l'espèce (2). Certains auteurs se sont refusé même à admettre avec la jurisprudence suivie déjà en matière de séparation de corps (3) que l'obligation de rendre l'enfant était une obligation de faire se traduisant en dommages-intérêts (art. 1142 C. civ.) et que par conséquent elle pouvait aboutir à la saisie des biens (4).

Le système des *astreintes* fut souvent employé par la jurisprudence, mais il demeurait impuissant lorsqu'il

1. Delvincourt, t. I, p. 84, note 4 ; Vazeille, t. II, n. 291 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 120 ; Massé et Vergé, t. I, p. 229 ; Demante, t. I, n. 297 *bis* ; Demolombe, *Mariage*, t. II, p. 119, n. 105.

2. Vraye et Gode, p. 23, t. II ; Laurent, t. III, p. 297, n. 256 ; Duranton, t. I, n. 367 ; Goirand, *Divorce*, p. 160.

3. Cass., 5 avril 1865, D. 65. 1. 387 ; Cass., 8 novembre 1864, D. 65. 1. 390 ; Cass., 26 janvier 1865, S. 65. 1. 84 ; Coulon, p. 112 ; Vraye et Gode, p. 23, t. II.

4. Laurent, t. III, p. 297, n. 256 ; Goirand, *Divorce*, p. 160.

se heurtait à une volonté déterminée à ne pas rendre l'enfant.

La légitimité de l'emploi de la *force publique* fut mise en doute par certains auteurs (1) contrairement à l'opinion d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence (2).

Que le moyen fut légal ou non, en pratique la façon dont on agissait était la suivante : l'huissier se présentait et faisait sommation à l'époux qui détenait indûment l'enfant. En cas de refus l'huissier sur la présentation de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire requérait le commissaire de police qui, de force, s'emparait des enfants pour les rendre à l'époux bénéficiaire de l'ordonnance.

Tous ces modes d'exécution ne constituaient pas une sanction directe, allant droit au but à atteindre. La Cour de Cassation avait déclaré que l'art. 345 C. pén. n'était pas applicable (3). Le dernier moyen, le plus énergique, atteignait souvent ce but, mais à condition que le lieu où les enfants étaient cachés fût connu. En tous cas il était barbare. De plus, si l'époux gardien, après avoir péniblement obtenu la possession de l'enfant, laissait son conjoint exercer son droit de visite, il était exposé à voir à nouveau disparaître ses enfants.

1. Laurent, t. III, p. 297, n. 256 ; Goirand, *Divorce*, p. 159.

2. Delvincourt, t. I, p. 75, note 4 ; Duranton, t. II, n. 440 ; Duvergier sous Toullier, t. I, n. 616, note 1.

3. Cass., 5 mars 1900, S. 1902. 1. 428.

Mais le vice qui a rendu nécessaire la loi de 1901 c'est que jusqu'alors il existait des *moyens civils* de faire exécuter l'ordonnance du président ou le jugement du tribunal, alors que la seule sanction efficace ne pouvait être que la *sanction pénale*. C'est pour cela que la loi du 5 décembre 1901 a créé un délit du fait d'enlever ou de détourner un mineur des mains de ceux auxquels sa garde a été confiée. Ce délit a été rattaché à l'article 347 du Code pénal :

« Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur, par décision de justice provisoire ou définitive, au cours ou à la suite d'une instance en séparation de corps ou en divorce, ou dans les circonstances prévues par les lois du 24 juillet 1889 et 19 avril 1898, le père ou la mère qui ne représentera pas le mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui même sans fraude ou violence, l'enlèvera ou le détournera, le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 fr. à 5.000 francs ; si le coupable a été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à 3 ans ».

La loi prévoit deux délits distincts : le délit d'*enlèvement* d'une part et le délit de *non-représentation d'enfant*.

Le délit d'enlèvement est commis par l'époux qui

n'a pas la garde et qui enlève au gardien l'enfant malgré la décision de justice.

Le délit de non-représentation est commis par l'époux qui après avoir obtenu la garde refuse de se soumettre à une décision de justice, qui, modifiant la décision antérieure, confie à l'autre époux la garde.

En réalité ces deux délits ne sont que deux aspects d'un même délit. L'élément constitutif de ce délit est avant tout le refus de s'incliner devant la décision de justice, qui statue sur la garde de l'enfant (1). Il y a dans le premier cas une sorte de *rapt* et dans le second cas *recel*. Le premier peut être commis par toute personne, même autre que l'un des père et mère, le second ne peut être commis que par le père ou la mère.

L'obligation de représenter l'enfant mineur doit s'exécuter au domicile de ceux qui ont le droit de le réclamer, ou au lieu fixé par la décision de justice. Par conséquent le lieu où est commis le délit est le lieu où doit être accomplie la remise du mineur (Cass., 18 mai 1905, *Gaz. trib.* du 2 août 1905).

Des difficultés se sont présentées dès le début, dans

1. Il ne suffit donc pas pour s'exonérer de toute responsabilité pénale, de déclarer qu'un tiers a fait disparaître l'enfant.

Les tiers sont sans droits sur le mineur, l'époux qui en a eu à un moment donné la garde et qui se l'est vu, par une ordonnance ou un jugement retirer, est pénalement seul responsable de sa non-représentation (Lille, 20 février 1902, D. 1903. 2. 44).

l'application de la loi du 5 décembre 1901. La principale est la suivante :

On s'est demandé si cette loi sanctionnait le refus par l'époux gardien de laisser s'exercer le droit de visite de son ancien conjoint. Est-ce un délit, en effet, de s'opposer à ce que l'époux non gardien use de son droit de visite ?

Il y a des tribunaux qui l'ont décidé, et qui ont appliqué la loi aux *infractions du droit de visite* (1). Les partisans de cette solution ont considéré que le mot garde employé par la loi avait un sens général qui permettait de sous-entendre le droit de visite. Selon eux, le droit de visite n'est qu'un démembrement du droit de garde. Ils ont prétendu encore que le droit de visite était très respectable et devait être protégé ; que l'époux coupable ne pouvait être privé de la vue de son enfant, par la volonté seule de son conjoint sans que ce dernier encoure aucune responsabilité pénale de ce chef.

N'est-ce pas en effet une violence identique à celle prévue par la loi que le fait par une mère, à qui la garde n'a été confiée que parce que l'enfant était en bas âge, de refuser à son ancien mari de voir son enfant, alors que le droit de visite a été octroyé très largement au père et qu'il est probable que, dès que

1. Seine, 29 oct. 1902, *Gaz. du Pal.* 12 déc. 1903 ; Seine, 27 fév. 1902, D. 2. 448.

l'enfant aura grandi, la garde sera enlevée à la mère pour être confiée au père ?

Cependant tout en reconnaissant qu'il eût été désirable que le législateur prit en considération ces raisons, nous ne pensons pas qu'on puisse interpréter d'une façon aussi extensive les lois qui déterminent les délits, lesquelles doivent être entendues d'une façon étroite : on ne peut créer par voie d'analogie un délit.

En outre, le droit de visite n'est pas, comme certains l'ont affirmé, un démembrement du droit de garde. Le droit de visite est un démembrement de la puissance paternelle, démembrement dont l'exercice peut être accordé d'une façon plus ou moins large par les tribunaux, et qui peut même être complètement supprimé par eux. Il est accordé surtout dans *l'intérêt de l'époux privé de la garde* et pour satisfaire aux exigences légitimes de ses sentiments d'affection, tandis que le droit de garde est accordé avant tout dans *l'intérêt de l'enfant*.

C'est ce principe supérieur « l'intérêt de l'enfant » qui a déterminé le législateur à sanctionner les décisions qui statuent sur la garde. Or l'intérêt de l'enfant n'est pas engagé lorsqu'il s'agit du droit de visite. Une sanction aussi grave que celle établie par la loi du 5 décembre 1901 ne serait pas d'accord avec les mobiles qui ont fait agir le législateur. Il importe d'ailleurs de faire observer que les dispositions, qui statuent sur

le droit de visite, ont une sanction. Les mesures, qui concernent la personne des enfants, sont essentiellement révocables. Le bénéficiaire du droit de visite pourra donc, si l'exercice de son droit est entravé par son ancien conjoint, introduire une demande devant le tribunal tendant à faire retirer à son conjoint le droit de garde, qui lui a été confié. Par conséquent, si le tribunal juge que le droit de visite, qu'il a réservé, doit être respecté, il pourra déplacer le droit de garde, mais à condition « que l'intérêt de l'enfant l'exige ».

La jurisprudence, d'ailleurs, semble actuellement refuser la sanction de la loi du 5 décembre 1901 aux infractions au droit de visite (1).

1. Cour d'Aix, 27 mars 1903 ; Trib. d'Agen, 13 mars 1903, D. 1904. 2. 16 ; Narbonne, 29 janv. 1904, D. 1904. 2. 136 ; Paris, 13 nov. 1903, D. 1904. 2. 41.

Les motifs de ce dernier arrêt méritent d'être rapportés :

« Considérant au fond qu'il ressort avec évidence, tant des travaux préparatoires de la loi du 5 décembre 1901, que du texte même de celle-ci ; que le législateur a eu comme but exclusif, en édictant dans l'intérêt de l'enfant ladite loi, d'empêcher, à l'aide d'une sanction pénale, que le père ou la mère privé par les tribunaux de la garde de l'enfant, ne s'empare de lui, au mépris de la décision judiciaire, ne l'enlève ou le fasse disparaître ; qu'elle a, en conséquence, puni le fait de la part de l'un ou de l'autre, soit de ne pas le représenter à la personne à qui la garde en a été confiée par décision de justice provisoire ou définitive au cours ou à la suite d'une instance en séparation de corps ou de divorce, soit le fait de l'enlever ou de le détourner des mains de cette personne ;

« Mais qu'il ne peut être dit qu'il soit entré dans l'esprit du

Et nous estimons que, pour les raisons que nous venons d'exposer, cette jurisprudence fait une saine application de la loi.

Une autre question s'est présentée, qui a donné lieu à des décisions contraires de justice. C'est la question de savoir si le délit de la loi du 5 décembre 1901 était *continu* ou *successif*. Le délit, une fois puni, pouvait-il donner lieu à de nouvelles poursuites si les premières demeuraient sans résultat. Question très grave, en effet, car de sa solution dépendait l'efficacité même de la loi.

Si le législateur avait en effet voulu faire de la non-

législateur d'atteindre en même temps le fait du père ou de la mère de se refuser d'obéir à une décision de justice lui prescrivant de laisser voir à son ancien conjoint, comme en l'espèce de l'information, chez une tierce personne, l'enfant dont la garde lui a été confiée

« Qu'il n'a été, en cours de discussion de la loi, fait, en effet, aucune allusion à pareille infraction concernant uniquement le droit de visite ni par cela même pu être décidé, qu'il y avait lieu de le réprimer ;

« Qu'il est certain en droit pénal que tout texte doit être respectivement interprété ;

« Qu'il apparaît en lisant celui de la loi en question que les mots, qui s'y trouvent, « ceux qui ont le droit de le réclamer » sont, au point de vue du sens, strictement limités par ces autres mots « à qui la garde en a été confiée » dont il y a lieu de ne point les isoler, pour l'application rationnelle de l'article ; que c'est avec juste raison par suite en ces conditions, que le juge d'instruction a déclaré n'y avoir lieu à suivre contre la femme N... ».

représentation un délit continu, le fait par l'époux non gardien de refuser de restituer l'enfant après une condamnation en vertu de la loi de 1901, équivalait pour lui à un titre lui conférant la garde puisqu'il n'y avait pas de délit nouveau dans la persistance du refus. La loi aurait manqué son but, si la jurisprudence avait décidé que le délit était continu.

La jurisprudence du Tribunal de la Seine se fixa immédiatement dans le sens de la continuité, dans un jugement du 1^{er} août 1904 (1).

La Cour de Paris à qui ce jugement a été déféré n'a pas cru devoir s'autoriser des motifs d'ordre supérieur qui avaient fait admettre par le Tribunal de la Seine le

1. Seine, 1^{er} août 1904, *Gaz. Trib.* 30 août 1904. Les motifs nous ont paru intéressants :

« Attendu que le législateur de 1901 a eu pour but exclusif en édictant, dans l'intérêt de l'enfant la dite loi, d'empêcher, à l'aide d'une sanction pénale, que le père ou la mère, privé par les tribunaux du droit de garde de l'enfant, ne s'empare de lui, au mépris de la décision judiciaire, ne l'enlève ou le fasse disparaître ;

« Attendu que la sanction eût été trop douce si l'un des époux avait pu, en ne s'exposant qu'à une action civile en dommages-intérêts, refuser de représenter l'enfant, que la désobéissance en cette matière est grave, parce que celui des parents qui la commet, porte, non-seulement atteinte aux droits de l'autre, mais surtout, parce qu'il entrave des mesures dont il importe d'autant plus d'assurer l'exécution, qu'elles ont été ordonnées dans l'intérêt moral de l'enfant ;

« Attendu que le délit n'est donc pas continu »,

délit de non-représentation comme délit continu. Dans un arrêt du 14 décembre 1904, elle s'est bornée à constater que la loi ayant modifié l'article 354 « visait un fait unique qui pouvait donner naissance à « un état plus ou moins longtemps prolongé de criminalité mais qui n'est susceptible que d'une seule « répression, conformément aux principes généraux « en matière pénale ». Et par ce motif la Cour infirmait le jugement dont était appel.

Sur un pourvoi formé par M. le Procureur Général près la Cour d'Appel, la Cour de cassation cassa cette décision par arrêt en date du 8 mai 1905, mais pour un motif autre que celui qui nous intéresse, de sorte que la question de la continuité du délit n'a pas été tranchée par la Cour suprême.

La jurisprudence ne paraît donc pas fixée sur la question qui nous occupe.

Il semble que la loi gagnerait en efficacité à ce qu'il fût décidé que le délit est continu. En ce cas des difficultés s'élèveront encore. Car les auteurs et la jurisprudence sont mal fixés sur le critérium qui permet de discerner le délit continu du délit successif. Lorsque la première infraction à la loi du 5 décembre 1901 aura été commise à quel moment commencera le second délit ? Lors de la sommation qui suivra la première condamnation ? Et à chaque sommation de restituer l'enfant ? En ce cas il y aurait un nouveau délit toutes les fois qu'il plairait à l'époux gardien ?

Ce que nous ne saurions admettre. Pour ces raisons, nous n'hésitons pas à nous ranger à l'avis de la Cour de Paris.

Mais nous reconnaissons que la solution apportée par la loi est précaire. Il eût été à désirer que le législateur eût fait de ce délit, un délit continu et qu'il eût fixé le moment où le délit nouveau prit naissance.

D'autres difficultés se sont présentées dans l'application de la loi du 5 décembre 1901. La question s'est posée en effet de savoir s'il n'y avait pas des cas d'*excuse* qui permettaient d'acquitter le prévenu, bien que tous les éléments du délit fussent réunis. En matière correctionnelle, les juges doivent condamner lorsqu'ils se trouvent en présence d'un délit nettement caractérisé. La loi de 1901 ne prévoit aucun cas d'*excuse*. Cependant quand le prévenu invoque le non-paiement de la pension alimentaire, on s'est demandé s'il n'y avait pas un cas d'*excuse*.

A notre avis, la question ne se pose même pas, les excuses résultent de textes formels, or la loi de 1901 n'en prévoit pas. La loi de 1901 n'a donné aucun droit de rétention sur l'enfant pour garantir le paiement des arrérages de la pension alimentaire. Si donc une femme à qui la garde a été retirée est créancière de son ancien mari, elle pourra le poursuivre par toutes les voies de droit, mais si elle refuse de lui rendre l'enfant dont la garde lui a été enlevée, elle doit être

condamnée en vertu de la loi de 1901 sans exciper d'aucune excuse.

On s'est demandé encore s'il n'y avait pas une excuse légale dans le fait du refus de l'enfant de se rendre chez l'époux gardien. Nous répondrons d'un mot. Sans doute un enfant peut refuser de se rendre chez celui de ses parents à qui la garde a été confiée. Mais si l'époux non gardien fait le nécessaire pour mettre l'enfant à la disposition de son ancien conjoint, il n'y a pas de délit. Dans le cas contraire, quelle que soit la volonté de l'enfant la loi s'appliquera sans qu'aucune excuse puisse être invoquée puisqu'aucune n'est prévue par la loi. Il importe que la loi s'applique, car la décision relative à la garde a dû être inspirée par l'intérêt de l'enfant. Quel que soit le désir de l'enfant, il y a peut-être intérêt pour lui à être soustrait à des exemples pernicieux.

Si d'autre part le véritable intérêt de l'enfant est qu'il demeure avec l'époux dont il refuse de se séparer bien que la garde lui ait été enlevée, cet époux pourra se réclamer de ce fait nouveau pour introduire un incident devant le tribunal et demander à ce que le droit de garde lui soit confié.

Il n'y a donc, à notre avis, aucune excuse en matière de non-représentation.

SECTION II

Des biens de l'enfant.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ADMINISTRATION LÉGALE

Examen des diverses opinions : 1^o L'administration est confiée à un tuteur ; 2^o le père conserve l'administration légale ; 3^o l'administration suit le sort de l'usufruit légal ; 4^o l'administration suit la garde. — Examen et discussion de la jurisprudence.

Pendant le mariage, l'administration des biens appartient au père parce que c'est à lui qu'est confiée l'unité de direction en toutes choses dans la famille.

Lorsque le divorce a désagrégé la famille, à qui appartiendra le droit ou l'obligation de gérer la fortune des enfants mineurs pour le cas où ces enfants auraient des biens ?

C'est une question sur laquelle les auteurs ne sont pas tombés d'accord, parce qu'aucun texte ne parle, même incidemment, de la gestion des biens de l'enfant dont les parents sont divorcés. Il a donc fallu pour y apporter une solution s'inspirer des principes généraux du droit, des principes spéciaux qui régissent la matière du divorce, enfin d'éléments pratiques permettant à cette solution de s'appliquer aux diverses circonstances qui peuvent se présenter. Certains auteurs ont cru trouver dans l'ouverture de la tutelle une solution. D'autres ont conservé les règles qui existaient pendant le mariage pour les appliquer au divorce. Certains auteurs ont proposé de faire suivre à l'administration légale le sort de la jouissance légale. Enfin des auteurs ont pensé que le sort des biens devait être le même que celui de la personne, et qu'il faut que l'administration légale appartienne à celui des époux à qui la garde est confiée.

Le premier système est adopté par ceux qui pensent qu'après le divorce la tutelle s'ouvre. L'époux gardien et tuteur ou le tiers gardien et tuteur administrera les biens de l'enfant mineur. Mais ses pouvoirs ne seront pas aussi étendus que ceux de l'administrateur légal. Il sera astreint à toutes les obligations d'un tuteur, assisté d'un subrogé-tuteur, autorisé dans les cas prévus par la loi d'un conseil de famille, dont les décisions les plus importantes devront être homologuées par Justice.

Ce système, qui a l'avantage d'établir une situation très nette, pourrait être proposé au législateur. Mais ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, il est à peu près abandonné par tous les auteurs, parce qu'il ne repose sur aucune base juridique, puisque, d'après le Code civil, la tutelle ne s'ouvre qu'au décès de l'un des époux.

D'après une deuxième opinion, il faut interpréter le silence des textes en ce sens que le législateur a entendu ne rien changer à ce qui existait durant le mariage. Le père continue donc, quelle qu'ait été l'issue du procès de divorce, à demeurer l'administrateur légal des biens de ses enfants mineurs avec les pouvoirs étendus qui s'y rattachent. L'administration légale est en effet beaucoup plus une charge qu'un avantage, surtout lorsque par suite de l'événement prévu par l'article 386, le père a perdu l'usufruit légal. En outre, l'homme est plus apte à la gestion d'une fortune que la femme, ce qui, aux yeux des partisans de ce système, ajoute aux raisons juridiques, une raison pratique tirée de l'esprit général de la loi qui s'inspire avant tout de l'intérêt de l'enfant (1).

D'après une troisième opinion, l'administration légale suit le sort de l'usufruit légal, par application de ce principe que les charges doivent suivre l'émolument. L'époux qui a obtenu le divorce sera donc

1. V. Laurent, t. III, n. 352. Vraye et Gode, t. II, n. 75.
Raveton

administrateur légal ; il n'y a pas à se préoccuper si la garde lui a été confiée ou non. Mais lorsque le divorce est prononcé aux torts réciproques des deux époux, ni l'un ni l'autre n'ayant droit à l'usufruit légal, les partisans de cette opinion décident que c'est à l'administrateur de la personne qu'incombera la gestion des biens, à moins qu'il n'en ait été décidé autrement par les tribunaux. Les tribunaux sont donc, à ce point de vue, les maîtres de la situation, aucune règle ne leur est imposée par la loi, ils statuent au mieux des intérêts de l'enfant (1).

Enfin, suivant une quatrième opinion, l'administration légale doit toujours être attribuée à la personne qui a la garde des enfants. Si elle n'est pas, il est vrai, la suite nécessaire du droit de garde, elle s'y rattache cependant assez étroitement pour qu'on doive admettre, en l'absence d'un texte précis, qu'elle appartient à la personne à qui la garde des enfants est confiée (2).

La question de savoir à qui doit appartenir l'administration des biens de l'enfant, en cas de divorce,

1. *Jurisp. gén. Supp.* Divorce et séparation de corps, n. 621. Coulon et Faivre. *Manuel formulaire du divorce*. 5^e éd., art. 302, p. 310. Hue, *Commentaires C. civ.*, t. II, n. 426. — Seine, 25 nov. 1896, D. 97. 2. 297 ; Grenoble, 24 juillet 1900, D. 01. 2. 121.

2. Aubry et Rau, 5^e éd., t. I, § 123, p. 787. Carpentier, n. 391 ; Paris, 15 déc. 1886. *Jur. gén. Supp.* Div. n. 62. Seine, 4 août 1888, *Gaz. trib.* 18 août 1888.

semble avoir un intérêt capital. Pourtant la question a été rarement soumise aux tribunaux, en sorte que la jurisprudence ne présente pas une solution définitive.

Un arrêt rendu par la Cour de Paris le 15 décembre 1886, dans une espèce où la garde de l'enfant avait été confiée à la mère, a statué dans le sens de la dernière opinion que nous venons d'exposer. Il y est constaté que l'article 389 n'attribue exclusivement l'administration des biens personnels de l'enfant au père que durant le mariage. L'arrêt décide qu'après la dissolution du mariage par le divorce, l'administration des biens passe à celui des anciens époux à qui l'enfant lui-même est confié, à moins que des dispositions particulières n'aient été arrêtées par Justice quant à cette administration. Il est donné pour motif que l'art. 302 ne fait aucune distinction entre la garde de la personne de l'enfant et celle des droits qui peuvent lui appartenir (1).

D'autre part, un jugement du Tribunal civil de la Seine du 25 novembre 1896 a décidé que l'administration légale appartenait à la femme lorsque le divorce

1. En ce sens également Auxerre, 10 janvier 1901, D. 1901, 2. 389 : « Attendu qu'il y a tout intérêt au contraire, dans le « silence de la loi, à réunir dans la même main, jugée la plus « digne, la garde des enfants mineurs et la défense du patri-
« moine, c'est-à-dire la charge de veiller à leurs intérêts
« moraux et matériels ». — Et Seine, 1^{re} ch., 16 janv. 1908,
Le Droit du 5 avril 1908. — Seine, 25 nov. 1896, D. 97. 2. 297.

a été prononcé à sa requête et que la garde des enfants lui a été confiée (1). Il se fonde sur ce que dans

1. « Attendu que, dans le silence de la loi et du jugement
« sur la dissolution de l'administration légale des biens de la
« mineure, celle-ci doit suivre la garde de l'enfant, au moins
« en tant que cette garde a été, comme dans l'espèce, confiée
« à la mère ;

« Qu'il est naturel de penser que le législateur a voulu pro-
« tégér, dans ce cas, de la même manière tous les intérêts
« moraux et pécuniaires de l'enfant ;

« Qu'aux termes de l'art. 141, C. civ., lorsque le père dispa-
« rait pendant le mariage, laissant des enfants mineurs, la
« mère en a la surveillance et exerce tous les droits du mari
« relativement à leur éducation et à l'administration de leurs
« biens, la loi réunissant alors dans les mêmes mains la direc-
« tion de l'éducation et celle de la fortune ;

« Qu'il n'est aucune raison sérieuse de ne pas admettre la
« même solution en cas de divorce ;

« Qu'elle n'a rien de contraire aux principes de la loi en ma-
« tière de puissance paternelle ;

« Que celle-ci, instituée tout autant dans l'intérêt des enfants
« que dans celui du père et de la mère, et pour permettre aux
« parents de s'acquitter convenablement de leurs devoirs d'en-
« tretien et d'éducation, appartient en principe tout à la fois
« au père et à la mère ;

« Que si, pendant le mariage, le père l'exerce seul (art. 373
« C. civ.) cela tient uniquement à ce que la famille doit être
« alors soumise à l'autorité du mari à qui la femme elle-même
« doit obéissance (art. 213) ; mais que lorsque le lien conjugal
« est dissous par le divorce, chacun des époux reprend l'exer-
« cice de son droit sans autre limite que le droit concurrent de
« son ancien conjoint ;

« Qu'en cas de conflit entre ces deux droits, il appartient

ce cas, c'est elle qui est investie de l'usufruit légal et qu'il est naturel de grouper dans ses mains tout ce qui touche aux intérêts matériels et moraux de l'enfant. Il résulte de ce jugement, si on en généralise la portée, que l'administration légale appartient toujours à celui des époux divorcés qui est investi tout à la fois de l'usufruit légal et de la garde des enfants issus du mariage.

La Cour de Grenoble, dans un arrêt du 24 juillet 1900 (1), a statué dans une espèce où la femme avait

« aux tribunaux de trancher le différend en s'inspirant avant
« tout de l'intérêt des enfants ;

« Que l'époux qui a été déclaré le plus digne de garder
« l'enfant dans sa demeure et de diriger son éducation doit être
« réputé le plus apte à défendre tous ses intérêts ;

« Qu'il semble naturel, d'autre part, de grouper autant que
« possible dans les mêmes mains tout ce qui touche aux inté-
« rêts moraux et matériels de l'enfant ;

« Que les nécessités de la pratique imposent cette situation
« dont on ne saurait s'écarter sans provoquer les plus graves
« inconvénients toutes les fois qu'il s'agira au nom de l'enfant
« de suivre une action judiciaire ou de passer un contrat ;

« Qu'il convient de remarquer qu'aux termes de l'article 386
« C. civ., la jouissance légale des biens des enfants n'a plus
« lieu au profit du père contre lequel le divorce a été pro-
« noncé ;

« Qu'il serait évidemment illogique de lui conserver l'admi-
« nistration des biens, dont l'usufruit légal lui est enlevé pour
« être donné à la mère, au risque de tous les conflits qu'une
« telle situation ne manquerait pas de soulever ».

1. D. 01. 2. 121.

obtenu la garde de l'enfant, bien que le divorce eût été prononcé contre elle, et où, par suite, le mari conservait intact son droit à l'usufruit légal. La Cour décide, conformément au troisième système, que le père a conservé par voie de conséquence l'administration légale des biens de son enfant, et l'exercice des actions qui concernent et intéressent son patrimoine. Elle apporte, il est vrai, à ce principe une atténuation dont nous aurons à parler plus loin (1).

1. « Attendu qu'en principe, le droit d'exercer les actions judiciaires qui compètent au mineur issu d'un mariage dissous par le divorce, rentre dans le pouvoir d'administration légale, pleinement distinct du droit de garde et doit être maintenu aux mains de l'époux qui est investi de la puissance légale ;

« Que la mère contre laquelle le divorce est prononcé, et à qui la garde de l'enfant mineur a été néanmoins confiée, ne peut puiser dans son seul droit de garde le droit d'exercer les actions appartenant à son enfant ;

... « Attendu que la puissance paternelle appartient en principe tout à la fois au père et à la mère, et que si le père l'exerce seul pendant le mariage, chacun des époux après la rupture de la vie commune par le divorce en reprend l'exercice sous la surveillance de son ancien conjoint ;

« Qu'au cas de conflit entre les deux conjoints divorcés, il appartient aux tribunaux de le trancher en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant mineur, et que la mère divorcée puise dans la puissance paternelle dont elle a pour sa part l'exercice, et dans le mandat de protection dont elle est investie envers ses enfants, un titre suffisant pour poursuivre en justice, en vertu de l'art. 490 C. civ., l'interdiction de son ancien mari, au nom et dans l'intérêt de l'enfant ».

Enfin la deuxième opinion, celle qui prétend que l'administration légale doit rester entre les mains du père même après la dissolution du mariage, a été émise dans un avis du Conseil d'Etat du 16 novembre 1899 (D. 1902. 3. 18). Le Conseil s'appuie sur ce que le Code civil n'a prévu qu'un cas de cessation de l'administration légale : l'ouverture de la tutelle par le décès de l'un des époux. Dès lors le divorce n'a pas pour effet de déchoir le père de l'administration légale ; pour cela il faut une décision de justice formelle (1).

1. « Considérant qu'aux termes de l'art. 389 C. c. le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs ;

« Que si en vertu de l'art. 390, la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux fait cesser cette administration légale et donne ouverture à la tutelle du survivant des père et mère, il n'existe pas dans le Code civil aucune disposition qui mette fin à l'administration légale du père dans le cas où le mariage est dissous par le divorce ;

« Que le divorce n'a donc pas pour conséquence de faire perdre de plein droit au père l'administration des biens de ses enfants ;

« Que le père la conserve, en principe, alors même que le divorce aurait été prononcé contre lui et que la garde de ses enfants lui aurait été enlevée, sauf aux juges à lui retirer cette administration si l'intérêt des enfants l'exige ;

« Qu'ainsi, à moins d'une décision contraire de justice, le père, malgré le divorce, a toujours qualité pour représenter ses enfants mineurs dans les opérations afférentes aux rentes sur l'Etat ».

En réalité les auteurs et la jurisprudence sont partagés sur le criterium à choisir pour déterminer à qui doit appartenir l'administration légale. Les uns choisissent pour y rattacher l'administration légale le droit de garde, d'autres la jouissance légale, enfin d'autres combinent ces deux éléments et lorsqu'ils les rencontrent séparés, s'en rapportent à la sagesse du tribunal.

A notre avis, ces divergences sont inévitables, étant donné l'état de la législation, car c'est en vain que l'on cherche dans la matière du divorce un principe juridique relatif à l'administration légale. Aussi les tribunaux n'ont pas raison à notre avis de chercher à établir leurs décisions sur des principes juridiques relatifs à l'administration légale, parce qu'ils ne peuvent user que d'arguments d'analogie, toujours dangereux. D'ailleurs les arguments qu'ils invoquent ne sont, en quelque sorte, que des arguments de façade, destinés à justifier la solution qui convient le mieux à l'intérêt de l'enfant.

Or, le seul argument juridique qui soit inscrit dans les textes relatifs au divorce est *l'intérêt de l'enfant*. C'est donc le seul qui doive figurer dans les décisions de justice, le législateur ayant laissé aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour apprécier cet intérêt. C'est un principe général qui régit tout ce qui concerne la situation juridique des enfants ; mais il n'est pas suffisamment précis, et il nous

semble que le législateur aurait pu le déterminer d'une façon plus nette et établir tout en sauvegardant les droits de la puissance paternelle, quelques mesures de protection pour l'administration des biens de l'enfant.

Un jugement rendu récemment par la première chambre du Tribunal civil de la Seine, le 16 janvier 1908 (1), ne nous paraît pas — qu'il nous soit permis de le faire respectueusement observer — avoir suffisamment mis en lumière le principe de l'intérêt de l'enfant, bien qu'en réalité cet intérêt soit l'objet de la préoccupation du Tribunal. Le Tribunal, en effet, pose en principe que « la garde de la personne entraîne nécessairement la gestion des biens, parce qu'il est naturel de réunir dans la même main tout ce qui touche aux intérêts matériels et moraux des mineurs ».

Peut-être était-il en l'espèce plus avantageux pour l'enfant de confier l'administration de ses biens à la mère qui était investie déjà de la garde de sa personne ; mais d'une façon générale, il ne nous semble pas tellement naturel qu'il en soit ainsi. Un père ou une mère peuvent être des éducateurs moraux parfaitement recommandables et être des administrateurs absolument insuffisants. Pourquoi serait-il naturel que le parfait éducateur fût investi du privilège

1. *Le Droit* du 5 avril 1908.

de compromettre le patrimoine de ses enfants ?

Ce que nous voulons montrer par là, c'est qu'il nous semble impossible d'affirmer aucun principe général dans l'état actuel des textes, et que les circonstances seules et l'intérêt de l'enfant peuvent fournir aux tribunaux les motifs de leurs décisions (1).

1. Nous nous empressons de reconnaître que la solution donnée par le Tribunal de la Seine paraît être la plus pratique. Car l'administrateur légal n'a pas seulement pour mission de gérer la fortune du mineur, c'est lui qui le représente en justice. Si l'on sépare la garde et l'administration, des conflits sont inévitables entre le gardien et l'administrateur.

Mais la réunion de la garde et de l'administration n'est pas possible lorsque l'un des époux a la garde et l'autre la jouissance légale. Dans ce cas, des conflits sont encore inévitables.

CHAPITRE II

DE QUELQUES QUESTIONS RELATIVES A L'ADMINISTRATION LÉGALE

I. Pouvoirs de l'administrateur légal. — II. Nomination d'un administrateur *ad hoc*. — III. Domicile de l'enfant.

Nous l'avons vu, l'administration légale lorsque le divorce sépare les parents, perd l'unité qu'elle avait pendant le mariage entre les mains du père; l'époux qui en est investi est soumis au contrôle et à la surveillance de son conjoint, de sorte que la question de savoir quels sont les *pouvoirs de l'administrateur* se pose à chaque instant.

Le Code a ômis d'établir les règles de l'administration légale pendant le mariage.

La jurisprudence s'aidant des principes généraux et de quelques articles épars dans le Code (1) fixant

1. Articles 776, 838, 1718, 2126 C. civ., et 953, 956 C. pr. civ.

pour le mineur des règles spéciales pour certains actes l'intéressant, a dû poser ces règles absentes du Code.

On conçoit dès lors, le Code n'ayant pas prévu davantage l'administration légale du mineur dont les parents sont divorcés, qu'aux difficultés, qui se présentent durant le mariage, vienne s'ajouter celle de la situation mal définie des rapports entre les parents et l'enfant dans le divorce.

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que *pendant le mariage*, le père a qualité pour faire seul tous les actes de *simple administration* (baux, contrats relatifs à l'entretien des biens, remplacement des meubles hors d'usage, etc.).

Nous n'hésiterons pas à reconnaître à l'époux divorcé administrateur légal les mêmes droits.

Nous admettrons également, ainsi que l'admet la jurisprudence pendant le mariage, que l'époux administrateur légal pourra, sans autorisation aucune, intenter une action immobilière appartenant à son enfant (1) ; acquiescer au jugement qui déclarè mal fondée une action exercée par lui (2) ; transiger sur les droits mobiliers de l'enfant (3) ; demander l'envoi en possession d'un legs universel fait au profit de

1. Bourges, 11 février 1863, S. 1863. 2. 121.

2. Cass., 3 juin 1867, D. 68. 1. 27.

3. Montpellier, 30 mars 1859, S. 1859. 2. 508 ; Amiens, 1^{er} mars 1883, D. 84. 2. 150.

l'enfant (1) ; aliéner les valeurs mobilières (2) ; il est actuellement d'usage que le père pendant le mariage se fasse autoriser par justice à passer les actes les plus importants (3) nous pensons qu'en cas de divorce celui des deux époux qui à l'administration légale peut faire seul ces actes, mais qu'il sera bon qu'il se conforme à cet usage, s'il accomplit au nom du mineur les actes de disposition les plus graves, tels qu'aliénations ou hypothèques des immeubles. Mais il faut ajouter, et nous insistons sur ce point, que cette administration légale de l'époux divorcé s'exerce sous le contrôle de l'autre époux (4), et nous pensons que ce dernier a toujours le droit de demander au Tribunal que les pouvoirs de son ancien conjoint lui soient confiés s'il établit que ce dernier ne se montre pas suffisamment vigilant pour les intérêts de son enfant. La loi, nous le reconnaissons, ne le spécifie

1. Paris, 4 juin 1865, S. 65. 2. 216.

2. Seine, 28 avril 1882, S. 82. 2. 207 ; Amiens, 11 juin 1890, D. 91. 2. 335.

3. Planiol, 1900, I, n. 2467.

4. L'époux à qui l'exercice de cet attribut de la puissance paternelle « l'administration légale » n'est pas confié, n'en conserve pas moins non-seulement le droit de surveiller, mais aussi le droit d'agir. C'est ainsi qu'une femme divorcée, mais ayant la garde de son fils mineur, peut assigner le père administrateur légal, pour être autorisée à contracter un emprunt sur les biens du mineur pour subvenir à l'entretien de ce dernier. Aix, 3 avril 1906 (*Le Droit*).

pas, ainsi qu'elle le fait pour la garde. Mais, il faut observer que le Code, ainsi que nous l'avons noté plus haut, n'a pas établi les règles de l'administration légale, il n'est donc pas étonnant que la loi qui a rétabli le divorce soit restée muette sur ce point.

Le droit de surveillance réservé à l'époux qui n'est pas administrateur pourra être exercé soit dans l'intérêt de l'enfant, soit aussi dans l'intérêt de la famille, ainsi que nous allons le voir.

Une femme pendant le mariage ne peut accepter sans le concours de son mari une donation ou un legs, d'abord, parce que la femme mariée est incapable, et aussi parce que le mari a le droit et le devoir de vérifier l'origine du legs ou de la donation, et, pour des raisons de convenances, refuser l'autorisation que la loi prescrit pour leur acceptation, s'il le juge à propos. Il en est de même en matière de divorce, l'enfant appartient à deux familles, et chacun des deux époux a le droit de veiller à ce qu'une donation dont l'origine ou la cause serait de nature à porter atteinte à l'honneur de son nom ne soit pas acceptée par son enfant mineur.

Nous pensons donc que l'époux qui n'est pas administrateur légal aurait le droit de demander au tribunal que l'acceptation d'une donation faite à ses enfants soit déclarée nulle parce que cette donation aurait une origine suspecte; on conçoit qu'un père s'oppose à ce que ses enfants acceptent une donation

ou un legs à eux faits par le complice de sa femme.

Après la mort du Colonel Klobb, le *Figaro* avait ouvert une souscription en faveur des enfants de ce dernier et de sa veuve. Cette dernière déclara à ce journal qu'elle n'autorisait aucune souscription en sa faveur ni en faveur de ses enfants mineurs. Le *Figaro* lui contestait ce droit pour ses enfants en faveur desquels il avait souscrit une police d'assurance à la Compagnie Le Phénix, qui devait leur fournir une certaine somme à leur majorité. Le Tribunal de la Seine par jugement du 23 mai 1900, la jugea bien fondée, et la Cour de Paris confirma par arrêt du 21 octobre 1902 (D. 03. 2. 121) (1).

Nous pensons que pareille solution devrait intervenir en cas de divorce, le tribunal aurait alors à peser les raisons de refus et à départager les deux anciens époux dans leurs prétentions contraires.

Il arrive, notamment lorsqu'il s'agit du parti à prendre dans une succession échue à un mineur, qu'il y ait *opposition d'intérêts* entre l'époux administrateur et le mineur. Pendant le mariage il y a lieu de faire nommer un *administrateur ad hoc* sinon l'acte passé serait entaché de nullité (2).

Lorsqu'il y a divorce entre les parents, il peut se

1. *Id.* Cour de Rennes, 23 avril 1906, *Gaz. Trib.* 17 juin 1906.

2. Cassation, 13 juillet 1903, D. 04. 1. 22.

faire qu'il y ait opposition d'intérêts entre l'un des parents et le mineur (parce qu'à défaut du mineur, son père, supposons-nous, serait institué légataire d'une personne décédée). Au contraire l'opposition d'intérêt peut ne pas exister entre l'autre époux et l'enfant. Dans l'exemple que nous avons imaginé, l'autre époux étant complètement étranger à la succession il n'y aurait pas d'opposition entre lui et son enfant. Pourrait-il cependant représenter de plein droit le mineur ou faudrait-il lui faire nommer un administrateur *ad hoc* ?

On pourrait soutenir, étant donnée la théorie que nous avons adoptée sur la puissance paternelle dans le divorce, que l'époux dont l'intérêt ne s'oppose pas à celui du mineur le représente de plein droit ; en effet, lorsque l'un des parents disparaît, le survivant, *ipso facto*, devient seul titulaire de la puissance paternelle, alors même que le jugement de divorce lui aurait fait défense d'avoir aucun rapport avec son enfant. Le cas que nous examinons n'est qu'une application partielle de ce principe plus général.

Cette opinion serait trop absolue, elle ne tiendrait pas compte de ce fait qu'il y a une décision de justice qui a constitué l'un des époux administrateur. A notre avis, il faut une autre décision de justice pour conférer même provisoirement, pour un acte déterminé, à l'autre conjoint l'administration légale. Car le tribunal est toujours juge de l'intérêt de l'enfant et il peut être contraire à cet intérêt que l'enfant soit ainsi repré-

senté. *Le tribunal nommera donc un administrateur ad hoc* et sous cette réserve, *l'époux qui n'a pas l'administration doit être désigné*. Mais pour le cas où il ne serait pas désigné il conserve toujours son *droit de surveillance*, qui lui permet d'intervenir s'il jugeait que les intérêts de l'enfant n'ont pas été sauvegardés.

Le Tribunal de la Seine, dans un jugement que nous avons précédemment cité (1), ne l'a pas entendu ainsi. Il décide que l'époux qui n'a pas l'administration n'a

1. Seine, 16 janvier 1908, *Le Droit* du 5 avril 1908. Voici les faits :

« Attendu que Marc-Antoine M...-D..., père de la dame M..., est décédé le 15 avril 1907, laissant la dame M...-D.... son épouse, comme commune en biens, et Pauline M..., sa fille, comme seule héritière ;

« Attendu qu'il doit être procédé aux opérations de compte, liquidation et partage de la communauté ayant existé entre les époux M...-D... et à la licitation des immeubles en dépendant ;

« Attendu, qu'en raison des dispositions testamentaires de M...-D..., il va exister, au cours de ces opérations, une opposition d'intérêts certaine entre les mineurs Jean et Marguerite H... et Pauline M. ., leur mère et administratrice légale ; que, dans ces conditions, cette dernière s'est adressée à la Chambre du conseil de ce Tribunal pour obtenir la nomination d'un administrateur légal *ad hoc*, mais qu'en présence de l'opposition de Georges Victor H..., qui prétendait que son droit d'administration légale était seulement suspendu par l'effet du jugement de divorce et qu'il devait en reprendre l'exercice dans le cas d'opposition d'intérêts entre l'administratrice légale et ses enfants, la dame M... a saisi la juridiction contentieuse pour voir désigner tel administrateur légal *ad hoc* qu'il plairait au tribunal choisir ; ... »

aucun titre pour remplir les fonctions d'administrateur légal : « Attendu que la dame M. n'a pas en l'es-
« pèce perdu son droit à l'administration légale ;
« qu'elle se trouve seulement dans l'impossibilité de
« l'exercer par suite de l'opposition d'intérêt susvisée ;
« que G.-V.-H. à qui le droit de garde a été refusé, ne
« peut, à aucun titre prétendre exercer même momen-
« tanément, le droit d'administration légale qui y est
« intimement lié ».

Nous nous permettrons de contester ces motifs. L'administration légale est bien suspendue au moins pour l'instance dans laquelle il y a opposition d'intérêt. Par conséquent la décision qui a confié l'administration légale est aussi suspendue (1). L'administrateur *ad hoc* représentera l'enfant, avec des pouvoirs limités, il exercera en quelque sorte par délégation, une partie de la puissance paternelle. Mais l'autre conjoint aura d'autant plus qualité pour représenter l'enfant que le divorce ne lui a pas enlevé la puissance et qu'il sera d'autant plus disposé à prendre l'intérêt de l'enfant qu'il se trouve en face de son ancien conjoint auquel il n'est disposé à faire aucune concession. Le tribunal en a jugé autrement : « que
« décider le contraire, ajoute-t-il, serait en outre s'ex-
« poser à compromettre gravement les intérêts des

1. Dans tous les rapports entre parents et enfants dans le divorce, et s'il s'agit toujours de questions d'exercice de la puissance paternelle, la question des droits n'est pas en jeu.

« mineurs, en mettant en présence dans des débats
« irritants deux conjoints divorcés » ;

Le jugement du Tribunal de la Seine tranche une autre question, celle de la nomination de l'administrateur *ad hoc*. Il décide que cet administrateur doit être nommé par le *conseil de famille*. En cela il ne fait que suivre la jurisprudence de la Cour de Paris qui, dans un arrêt du 1^{er} mars 1901 (1) en avait ainsi décidé, avec toutefois cette réserve reproduite par le Tribunal de la Seine, qu'en cas d'urgence le tribunal pouvait désigner l'administrateur.

Cette jurisprudence paraît être inspirée du désir de ne pas laisser entièrement aux mains des tribunaux l'exercice de la puissance et cette tendance mérite d'être signalée. Mais elle ne nous paraît pas en l'état actuel de la législation devoir être suivie (2). Puisque

1. Paris, 1^{er} mars 1901 (D. 02. 2. 90).

2. Voici les motifs du jugement :

« Attendu que Georges-Victor H..., sans insister sur cette prétention, soutient que, dans tous les cas ce n'est pas au tribunal mais au conseil de famille des mineurs H., qu'il appartient de leur désigner un représentant spécial ;

« Attendu que si, dans les cas d'urgence, le tribunal peut, sur la demande des époux, désigner un administrateur légal *ad hoc*, en cas d'opposition d'intérêts entre des mineurs et leurs père ou mère, sans qu'il soit besoin de recourir à un conseil de famille il ne peut en être ainsi que durant le mariage des parents ; qu'en effet, au cours de l'union conjugale le concours et l'affection des père et mère exerçant une surveillance récipro-

c'est une décision de justice qui confie l'administration légale, et que cette décision peut toujours être modifiée, à plus forte raison ce doit être une décision de justice, qui nomme un administrateur *ad hoc*, si l'exercice de l'administration légale est suspendu. Le conseil de famille n'est réuni que dans des cas déterminés par la loi *limitativement*, on ne peut étendre ces cas par voie d'analogie. S'il en était autrement il faudrait à notre avis faire intervenir le conseil de famille dès l'introduction de l'instance en divorce, ce qui serait créer une institution que la loi n'a pas établie. En outre, l'époux qui n'a pas l'administration légale fera partie du conseil de famille, de telle sorte que,

que assure à leurs enfants une protection plus efficace encore que celle du conseil de famille ;

« Mais attendu qu'il n'en est plus de même dans le cas de rupture du lien conjugal par le divorce ; qu'alors le mineur privé des garanties attachées par la loi à l'exercice normal de l'administration légale se trouve placé dans une situation analogue à celle en vue de laquelle la tutelle a été organisée ;

« Attendu que l'on objecte vainement que le divorce ne donne pas ouverture à la tutelle et qu'en l'absence de tutelle on ne saurait concevoir l'existence d'un conseil de famille ; que, notamment, en matière d'interdiction et de conseil judiciaire, la loi prévoit la réunion d'un conseil de famille, alors qu'aucune tutelle n'est ouverte ; qu'il échet, en conséquence, de décider que ce n'est pas au tribunal, mais au conseil de famille des mineurs H., qu'il appartient de désigner un administrateur légal *ad hoc*, qui sera chargé de les représenter dans les opérations nécessitées par le règlement de la succession de M...-D... leur grand-père ; ... »

alors que le divorce ne l'a déchu d'aucun de ses droits de puissance paternelle, il sera obligé de subir les observations et la volonté, peut-être, d'étrangers, si la branche de l'époux administrateur est représentée par des amis.

Une des conséquences les plus directes de l'administration légale est de fixer le *domicile* du mineur.

En effet, le domicile du mineur se trouve chez son père pendant le mariage, et lorsque l'un de ses parents est mort, chez son tuteur. Dans ce dernier cas, il peut arriver que le domicile du tuteur soit séparé de sa résidence. C'est ce qui arrive lorsque la mère veuve n'est pas tutrice. Le domicile du mineur est alors chez le tuteur, tandis que il habite chez sa mère et que cette dernière s'occupe de son entretien et de son éducation.

Lorsque le divorce est prononcé et que la garde a été confiée à l'un des parents (1) le domicile de l'enfant se confond avec celui des parents à qui est confiée l'administration légale. C'est en effet l'administrateur légal qui représente le mineur. Aussi la même situation que dans certains cas de la tutelle pourrait se présenter. Les droits de garde et d'administration légale pouvant être séparés, le mineur habiterait chez l'époux gardien et aurait son domicile chez l'admi-

1. Nous aurons à examiner dans le chapitre III de la 3^e section quel est le domicile de l'enfant quand la garde est confiée à un tiers.

nistrateur légal (1). Mais cette situation ne se présentera généralement pas puisque la majeure partie de la jurisprudence réunit dans les mêmes mains la garde et l'administration légale (2).

1. Grenoble, 24 juillet 1900, D. 1901. 2. 421.

2. Auxerre, 10 janv. 1901 (D. 1901. 2. 389) ; Seine, 25 nov. 1896 (D. 97. 2. 297) ; Seine, 1^{re} ch. 16 janv. 1908 (*Le Droit* du 5 avril 1908).

CHAPITRE III

DE LA JOUISSANCE LÉGALE

L'une des prérogatives de la puissance paternelle consiste, nous l'avons vu plus haut, dans la jouissance légale des biens des enfants. Jusqu'à ce que les enfants aient atteint l'âge de 18 ans, les parents n'ont pas à rendre compte des revenus de leurs enfants, tous ces revenus leur appartiennent en vertu de la loi.

Notons immédiatement que cette jouissance légale ne se produit que lorsque les enfants ont des biens propres, ce qui n'est pas le cas le plus fréquent.

Cette jouissance est dans l'esprit du législateur la légitime compensation aux charges multiples de l'éducation des enfants.

Lorsque le mariage est rompu par le divorce les parents ne collaborent plus à l'éducation des enfants

par un commun effort, leur effort est séparé. La garde est confiée à l'un d'eux. Ce dernier a certainement une charge plus lourde, charge morale, charge matérielle qui n'est qu'imparfaitement compensée par la contribution pécuniaire que le tribunal condamne son conjoint le plus souvent à lui verser.

Pendant le mariage l'usufruit légal profite au ménage. Mais le mari chef de la famille dispose comme bon lui semble des revenus de ses enfants.

Après le divorce, le législateur n'ayant plus de raison de conserver au père son droit prépondérant dans la famille a déchu de la jouissance légale l'époux à la charge duquel sont les torts, et dans l'article 386 du C. civil il a décidé que « cette jouissance n'aurait pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé ».

Il n'y a donc d'usufruit légal qu'au profit de l'époux qui a obtenu à son profit le divorce.

Si le divorce est prononcé au profit du mari, ce dernier administrateur légal durant le mariage demeurera seul titulaire de la jouissance légale. Si le divorce a été prononcé aux torts et griefs de ce dernier, la question s'est posée de savoir si la jouissance légale appartenait de droit à la femme. A notre avis la question ne se posait même pas, tant les termes de l'article 386 du Code civil sont précis. La jurisprudence est maintenant bien établie et l'on est d'accord pour décider que la jouissance légale appartient à la

mère lorsque le père s'est vu condamner à ses torts et griefs (1).

Enfin, lorsque le divorce est prononcé aux torts réciproques des parties, la jouissance légale disparaît. Et en cela celui des deux époux chargé de l'administration des biens de l'enfant perd en quelque sorte son caractère d'administrateur légal, dispensé de rendre compte. Il gère comme un tuteur, à charge de justifier de sa gestion.

En supprimant à l'époux coupable l'usufruit légal, la loi a prononcé une véritable déchéance d'une prérogative de la puissance paternelle. Et ce qui prouve surabondamment qu'il y a bien dans cette disposition de la loi une déchéance, c'est que cette privation de l'usufruit légal frappe l'époux coupable. Le législateur n'a pas pris en considération la personne de l'époux à qui la charge de la personne de l'enfant ou l'administration de ses biens a été confiée. Il serait naturel que l'époux qui a la charge conserve, bien que coupable, l'émolument. Peu importe, le législateur ne veut pas que l'époux qui a provoqué la dissolution de la famille soit admis à bénéficier d'un privilège qui a été institué en faveur du mariage, et qui doit demeurer une faveur inhérente à la famille unie par le mariage.

1. Auxerre, 10 janv. 1901 (D. 01. 2. 389) ; Seine, 25 novembre 1896 (D. 97. 2. 297 précité) ; Auxerre, 23 juillet 1901 (*Gaz. Pal.* 1902. 2. 665).

Il faut observer que cette déchéance prononcée par la loi est la seule déchéance de l'un des attributs de la puissance paternelle qui soit prononcée par la loi après le divorce.

Sauf cette exception, la puissance paternelle reste intacte après le divorce, quelle qu'en ait été l'issue, entre les mains de l'un et l'autre époux. L'exercice seul des divers attributs de la puissance paternelle se trouve être confié à un des deux parents ; mais avec cette réserve que l'autre conserve *toujours* son droit de surveillance qui peut rester passif mais qui dans certains cas peut devenir actif.

CHAPITRE IV

RECONNAISSANCE ET LÉGITIMATION D'ENFANTS NATURELS (1)

Leur effet relativement aux biens des enfants issus du mariage
(art. 337).

Le rétablissement du divorce a eu pour conséquence de permettre à des enfants naturels de devenir enfants légitimes. Il faut pour cela supposer un cas bien peu vraisemblable, qui peut cependant se présenter. Des époux peuvent avoir eu des enfants naturels antérieurement à leur première union et omettre de les légitimer par leur mariage. Au cours du mariage, il ne leur est pas possible de leur faire

1. Nous n'avons pas à examiner dans cette étude quels sont les enfants qui, — nés soit pendant l'instance de divorce soit après la transcription de la décision qui rompt le mariage — sont légitimes ou même susceptibles d'être légitimés. C'est ce qui explique que nous n'avons pas examiné les dispositions de la loi du 9 novembre 1907.

acquérir la légitimité. Mais les époux divorcent, puis se remarient, ils peuvent dans leur acte de mariage légitimer ces enfants naturels nés avant leurs premières noces, à condition de les avoir préalablement reconnus.

Le législateur accueille toujours favorablement les enfants légitimes et c'est un des buts désirés par le législateur que de faciliter de nouvelles unions en permettant le divorce. Chacun des époux s'il se remarie pourra donc avoir des enfants légitimes. Mais le législateur a toujours tenu les enfants naturels sous une certaine défiance, surtout lorsque leur introduction dans la famille était de nature à modifier la situation des enfants légitimes. C'est ainsi que le législateur avait écrit l'article 337 ainsi conçu : « La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que son époux ne pourra nuire ni à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage. Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage s'il n'en reste pas d'enfants ».

Le but du législateur était donc, ainsi que nous allons le voir dans un instant, de *sauvegarder les droits pécuniaires des enfants légitimes* dans la succession de leurs parents.

On s'est demandé s'il était possible à des parents divorcés de reconnaître après le divorce prononcé des

enfants naturels qu'ils auraient eus, avant le mariage ou depuis le divorce, d'un autre que de leur ancien conjoint. L'article 337 ne doit-il pas s'appliquer ? Les raisons qui l'ont dicté au législateur ne sont-elles pas en effet les mêmes ?

Il ne nous semble pas douteux que l'un des époux divorcés puisse reconnaître des enfants naturels nés de lui et d'un tiers, voir même de son ancien conjoint, postérieurement au divorce. Le divorce a eu en effet pour résultat de rendre à chacun sa liberté avec toutes ses conséquences (1).

Il semble que si l'un des époux reconnaît après le divorce un enfant qu'il aurait eu d'un autre que son ancien conjoint avant le mariage, l'article 337 doive s'appliquer ? Quelle est, en effet, la raison d'être de cet article ?

En examinant les travaux préparatoires nous voyons qu'il n'a été l'objet d'aucune discussion ni au Tribunal ni au Conseil d'Etat. Mais Bigot de Préame-neu en a précisé la portée dans l'exposé des motifs du titre de la paternité et de la filiation : « Il ne peut pas
« dépendre de l'un des époux, dit-il, de changer
« après son mariage le sort de sa famille légitime, en
« appelant des enfants naturels, qui demanderaient
« une part dans les biens. Ce serait violer la foi sous

1. Laurent, t. IV, n 429. Demolombe, *Parents et filiation*, n. 461.

« laquelle le mariage aurait été contracté. Si l'ordre
« public ne permet pas que des époux reconnaissent
« après leur mariage, leurs propres enfants qu'ils
« voudraient légitimer, à plus forte raison les enfants
« qui sont étrangers à l'un d'eux ne peuvent-ils
« acquérir depuis le mariage des droits contraires à
« ceux des enfants légitimes » (Locré, t. III, p. 95).

De son côté, le tribun Duveyrier s'exprimait ainsi sur le même article : « La reconnaissance faite par un
« époux pendant le mariage d'un enfant naturel anté-
« rieur peut nuire à l'autre époux et aux enfants légi-
« times de ce mariage. Il était d'une justice rigoureuse
« de statuer par une disposition précise, que la
« reconnaissance, faite pendant le mariage, par l'un
« des époux d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant
« son mariage d'un autre que son époux, ne pourrait
« nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage.
« Et pour le même motif la reconnaissance reprendra
« tout son effet, si ce double intérêt, ce double obsta-
« cle vient à cesser par la mort des enfants et par la
« dissolution du mariage » (Locré, t. III, p. 139).

Il ressort de là que le but de la loi a été non de prohiber la reconnaissance mais d'empêcher que cette reconnaissance tardive pût nuire à la femme et aux enfants légitimes, ce qui s'entend nécessairement de leurs intérêts pécuniaires, car si le législateur avait eu en vue l'intérêt moral, il eût prohibé la reconnaissance d'une manière absolue ; c'était le seul moyen possible

de sauvegarder l'intérêt moral de la femme et des enfants.

En excluant de cette façon de la succession de son père et de sa mère l'enfant naturel, dont la seule faute est d'avoir été reconnu tardivement alors que son père ou sa mère avaient contracté mariage, le législateur a édicté une mesure d'exception qui doit être entendue d'une manière restrictive.

Nous pensons qu'il serait excessif de vouloir étendre l'article 337, même après le divorce et de dire que l'enfant naturel né antérieurement à un mariage dissout par le divorce et reconnu après ce divorce, sera exclu de la succession de son père ou de sa mère naturels s'il y a des enfants légitimes issus du mariage.

Il faut observer, d'ailleurs, qu'au moment où a été voté l'article 337, le Code avait déjà établi le divorce, et que le législateur n'a pas eu soin d'étendre l'article 337. Bien au contraire, le projet de code contenait un autre article qui privait également d'effets la reconnaissance faite après la dissolution du mariage, lorsqu'il n'en restait pas d'enfants, et cet article a été supprimé (Fenet, t. II, p. 67, art. 31).

Ces raisons nous amènent à conclure que l'article 337 n'est pas applicable au divorce en droit. Mais, il nous semblerait équitable d'étendre cet article au cas de dissolution du mariage par le divorce. Cette disposition de la loi, nous l'avons vu, a été établie dans l'intérêt des enfants, et c'est surtout le désir de

favoriser le *lien de filiation légitime* qui a inspiré le législateur. Ce lien est la seule chose qui subsiste après le divorce. La raison d'être de l'article 337 demeure donc aussi ; et c'eût été faire œuvre de logique et de bonne justice, de la part du législateur, que de maintenir au divorce cette disposition favorable aux enfants. Mais ce que le législateur de la Révolution n'avait pas fait, le législateur de 1884, plus favorable aux enfants naturels, ne devait pas le faire.

C'est ainsi que le rétablissement du divorce a eu pour conséquence de rendre meilleure la condition d'enfants naturels sévèrement traités par la loi, au préjudice de leurs frères légitimes.

SECTION III

Concernant à la fois la personne et les biens de
l'enfant.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ÉMANCIPATION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

Nature de l'émancipation. — Pouvoirs pour émanciper. —
Nécessité d'une double autorisation. — Opinion des auteurs,
de la jurisprudence. — Autorisation de faire le commerce.
— Tutelle officieuse.

« *L'émancipation* est un acte juridique qui a pour
« but de conférer à un mineur : 1^o le gouvernement
« de sa personne ; 2^o la jouissance et l'administration
« de ses biens avec une capacité limitée » (1).

1. Planiol, 1900, t. I, n. 2784.

Raveton

L'émancipation d'un enfant dont les parents sont divorcés a donc pour résultat de faire perdre la garde à la personne qui en était investie et l'administration légale à l'époux qui l'exerçait. Par ses conséquences l'émancipation est donc l'acte le plus grave qui puisse intervenir relativement au mineur puisque il met à néant toutes les dispositions qui avaient été prises dans son intérêt par le tribunal, et qu'il supprime deux des attributs de la puissance paternelle, on peut même dire, la puissance paternelle; telle qu'elle est entendue pendant la minorité en tant qu'organe de protection de l'enfant.

Il y a donc deux points de vue à considérer pour savoir dans quelles conditions l'émancipation de l'enfant pourra avoir lieu après le divorce.

Il faut en premier lieu examiner quels sont les pouvoirs nécessaires pour émanciper, et pour cela rechercher quelle est la nature de l'émancipation.

Il faut en second lieu examiner si ces pouvoirs s'étendent jusqu'à permettre à ceux qui en sont investis de paralyser une décision de justice passée en force de chose jugée.

L'émancipation est un acte qui produit un changement d'état dans la personne du mineur. Elle ne le rend pas majeur, mais le range dans la catégorie des personnes à capacité limitée. Il y a donc abandon au profit de l'enfant non pas de l'exercice de la puissance paternelle, ainsi qu'il arrive lorsqu'une

décision confiée à un tiers ou à l'un des époux le droit de garde, mais des droits de puissance eux-mêmes.

Pendant le mariage l'exercice de la puissance paternelle appartient au père en vertu d'une délégation de la puissance paternelle que la loi opère à son profit, en sorte qu'il agit tant en son nom personnel que comme exerçant les droits de sa femme. Le père peut donc, puisque la loi l'y autorise, abandonner ses droits de puissance et ceux de sa femme au profit de son fils mineur.

Lorsque le divorce est prononcé il nous semble impossible à l'un quelconque des époux d'émanciper son enfant sans le concours de l'autre. En voici la raison : chacun des deux époux est détenteur de la puissance paternelle. Seule la déchéance pourrait les priver de ces droits (1). La décision qui confère le droit de garde ou le droit d'administration légale à l'un des époux ne prive pas l'autre de la puissance paternelle, nous l'avons vu à maintes reprises, puisqu'il conserve toujours un droit de surveillance. Par conséquent, l'époux investi de l'exercice du droit de garde en même temps que du droit d'administration et de jouissances légales ne saurait puiser dans cet exercice le droit de supprimer au profit de l'enfant et au

1. Voir page 21, la théorie de l'indivisibilité de la puissance paternelle.

préjudice de son ancien conjoint les droits dont il n'a que l'exercice.

La seconde question ne se pose même plus. Et il paraît superflu de rechercher s'il est possible de faire échec à une décision de justice devenue définitive. En effet, le jugement qui a prononcé le divorce a réglé l'exercice de la puissance paternelle, mais n'a nullement privé l'un ou l'autre des parents de leurs droits. Par conséquent tout en reconnaissant que les pouvoirs des tribunaux sont souverains pour confier, pour le plus grand avantage de l'enfant, l'exercice de certains droits de puissance à l'un des parents ou à un tiers, nous n'avons jamais admis que ces pouvoirs s'étendaient à la puissance paternelle elle-même. Les tribunaux ne se substituent pas aux parents, leur rôle se borne à les départager, mais si les deux parents sont d'accord, nous pensons qu'ils ont tous pouvoirs pour procéder à l'émancipation de l'enfant. C'est dans l'article 372 C. civ., qui veut que l'enfant reste sous l'autorité de ses parents jusqu'à sa majorité ou son émancipation, que les parents puiseront leur pouvoir.

Selon nous, il n'y a pas lieu d'examiner si celui des parents qui a la garde, l'administration ou la jouissance légale a qualité pour émanciper, chacun des parents possède un pouvoir égal à celui de son ancien conjoint.

Mais on pourrait se demander, si l'un des parents

étant résolu à émanciper l'enfant, et l'autre s'y refusant, celui-là pourrait assigner l'opposant devant le tribunal dont le rôle serait, non pas de prononcer l'émancipation, mais de départager les parents et de dire que le consentement du demandeur étant suffisant, le juge de paix serait tenu de recevoir l'émancipation. Nous pensons qu'en rendant un pareil jugement, le tribunal outrepasserait ses pouvoirs. En effet, il prononcerait une déchéance partielle de la puissance. Or, la loi de 1889 a eu pour but de rendre la puissance paternelle indivisible. C'est l'opinion de la majorité des auteurs et de la jurisprudence ; le tribunal ne peut donc rendre une décision dont le résultat serait de faire perdre à l'un des époux une partie des attributs de la puissance paternelle.

On pourrait faire à cette opinion l'objection suivante : lorsque le divorce est prononcé, le tribunal n'est-il pas investi du pouvoir de sauvegarder *l'intérêt de l'enfant* et ce pouvoir n'est-il pas supérieur au droit des parents puisque le tribunal peut non-seulement retirer à l'un des époux la garde de l'enfant, mais encore lui interdire même de voir son enfant. Il est facile de répondre à cet argument. La jurisprudence, en effet, a ainsi que nous l'avons fait observer à plusieurs reprises, étendu dans de très fortes proportions les pouvoirs que la loi lui donnait en notre matière ; néanmoins les tribunaux n'ont jamais prétendu supprimer à leur gré les attributs de la puis-

sance paternelle, puisqu'ils admettent que la puissance paternelle est indivisible. L'intérêt de l'enfant devra avant tout les guider pour confier à l'un ou à l'autre parent la garde ou l'administration ; mais cet intérêt n'est qu'une indication dont ils doivent s'inspirer pour rendre leur décision. Au surplus il suffit de relire les articles 302 et 303 pour se rendre compte que le Tribunal n'est pas substitué aux parents dans les droits de puissance paternelle (1).

Nous reconnaissons cependant qu'on peut dire que la solution adoptée par nous répond mal, à cause de sa rigueur, aux nécessités de la pratique, puisqu'il faut selon nous que les deux parents interviennent à l'acte, et que le juge de paix devra refuser de recevoir l'émancipation si le consentement des deux parents n'est pas rapporté. Mais l'émancipation est un acte qui n'est pas très fréquent, et lorsqu'il y a un véritable intérêt à ce que le mineur soit émancipé, il est à croire que les parents feront taire leurs inimitiés

1. Art. 302 : Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce à moins que le tribunal sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

Art. 303 : Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

personnelles pour ne voir que l'intérêt de l'enfant.

En tous cas ce système a l'avantage de supprimer les difficultés qui se sont produites et d'éviter que l'un des époux n'émancipe uniquement son enfant pour mettre obstacle à la décision du Tribunal qui lui a refusé la garde (1).

C'est l'inconvénient que présentent les divers systèmes proposés par les auteurs ou admis par la jurisprudence.

Certains auteurs ont prétendu que le père conserve après le divorce le droit exclusif d'émanciper si bon lui semble un enfant, même s'il n'en a pas la garde (2). D'autres, que ce droit appartenait conjointement au père et à la mère (3).

La première de ces deux opinions a été émise dans un jugement qui remonte à la première législation du divorce (4). Elle ne nous semble pas conforme aux principes modernes du divorce, et l'on retrouve dans le jugement du 1^{er} mai 1813, rapporté par Fuzier-Hermann, la prédominance du père dans l'exercice de la puissance paternelle, même après le divorce, alors

1. Cette théorie est admise par Laurent, t. III, n. 294 et 199.

2. Huc, t. II, n. 351, 431. Aubry et Rau, 5^e éd., § 129, p. 833. Fuzier-Hermann, *Jurisp. gén. Emancipation*, § 41.

3. Goirand, *op. cit.*, p. 300. Vraye et Gode, t. II, n. 755, p. 243.

4. 1^{er} mai 1813, Fuzier-Hermann, *Jurisp. gén. Divorce*, n. 4111.

qu'aujourd'hui nous nous sommes efforcé de montrer que cette prédominance n'existait plus.

La jurisprudence en matière de séparation de corps a toujours annulé l'émancipation faite par le père lorsque cet acte n'avait d'autre but que d'éluder l'effet de la décision qui lui avait retiré la garde des enfants. Les tribunaux se fondent sur ce que l'acte présente un caractère frauduleux (1).

En matière de divorce les décisions de la jurisprudence invoquent aussi pour annuler une émancipation faite par l'un des époux, — généralement celui à qui la garde est retirée, — le caractère *frauduleux* de l'acte. Ces décisions font résulter la fraude de ce que l'acte n'a eu pour but que d'enlever à l'autre parent les « droits et prérogatives qui lui ont été conférés « par le jugement de divorce (2) ».

Certains arrêts se fondent aussi pour faire annuler l'acte sur ce que l'*intérêt de l'enfant* (3) a été méconnu

1. Cass, 4 avril 1865 (S. 65. 4. 257). Rouen, 12 juin 1866 (S. 67. 2. 47). Seine, 12 nov. 1895. *Revue jud.* Lyon, 31 janvier 1896.

2. Seine, 12 juin 1891, *Gaz. trib.* 1891, 10 juillet. « Attendu que P. n'a pu avoir qu'un but en émancipant son fils, celui de priver la dame P. des droits et prérogatives qui lui ont été conférés par le jugement ;

« Que l'émancipation doit être considérée comme un *agissement frauduleux* tendant à empêcher au regard de la dame P. l'exécution de ce jugement ; qu'à ce titre il doit être annulé ».

3. Seine, 12 juin 1891, précité : « Attendu que ... il résulte

et que les tribunaux ont un *droit de surveillance* à exercer sur la *puissance paternelle* pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant.

Cependant, presque tous ces arrêts commencent par proclamer que les droits de la puissance paternelle sont intangibles (1). S'il en est ainsi, ils ne peuvent y porter atteinte.

En réalité ces arrêts ainsi que le fait observer M. Wahl, dans une note au bas de l'arrêt de la Cour

des art. 240 et 302 du C. civ., qu'il appartient au tribunal de limiter les effets de la puissance paternelle dans l'intérêt de l'enfant. . »

Id. Paris, 24 févr. 1893 (D. 93. 2. 372). Seine, 18 mars 1893, confirmé par Paris, 4 déc. 1894 (S. 97. 2. 73) :

« Attendu que le droit d'émancipation accordé aux parents par l'art. 477 est soumis dans son exercice au contrôle de la justice à laquelle il appartient d'apprécier si ceux-ci ont usé de ce droit dans l'intérêt de l'enfant »

Id. Douai, 25 mars 1895 (S. 1897. 2. 74).

1. Seine, 12 juin 1891, précité : « Attendu que si le divorce n'a pas pour effet de priver celui des deux époux entre lequel il est prononcé des droits de puissance paternelle... ; »

Id. Paris, 24 fév. 1893 précité. Douai, 25 mars 1895 précité : « Attendu que sans doute le père ne doit pas être dépouillé aisément du droit qui lui appartient envers ses enfants et qu'il puise dans la puissance paternelle ; mais attendu qu'il convient de combiner ce droit assurément fort respectable avec la faculté que la loi a donné aux tribunaux d'en paralyser provisoirement et temporairement les effets en ordonnant par exemple que la garde des enfants sera exercée par un autre que le père ».

de Paris du 4 décembre 1894 précité, sont en contradiction avec le principe que nous avons rappelé de l'indivisibilité de la puissance paternelle, tel qu'il résulte de la loi de 1889.

Le même auteur fait observer que, en prononçant l'annulation de l'émancipation, la Cour n'a pas porté atteinte à la puissance paternelle, puisque loin de diminuer les droits dérivant de la puissance paternelle, une pareille décision constituait une prohibition d'abdiquer ces droits.

A notre avis, les arguments sur lesquels s'appuie la jurisprudence sont faussement motivés, et lorsque la garde a été confiée au père, à la mère ou à un tiers (1) et que l'émancipation a été faite par un seul des parents, ces décisions auraient pu tirer leurs motifs du défaut d'observation des *conditions de fond* de l'émancipation.

M. Wahl émet l'opinion que l'intérêt de l'enfant est l'une des conditions de fond de l'émancipation, nous nous permettons de contester cette affirmation qui ne paraît pas résulter de la loi.

Mais il nous semble que nous avons suffisamment montré, en étudiant et la nature de l'émancipation et les droits des parents, que, pour que l'émancipation d'un enfant dont les parents sont divorcés, soit valable, il faut que le *consentement du père et de la*

1. Douai, 25 mars 1895. précité.

mère soient rapportés. Le défaut d'observation de cette condition aurait suffi à motiver les arrêts que nous avons étudiés.

Parfois l'émancipation a pour but de permettre à un mineur de *faire le commerce*. Mais le Code de commerce déclare que le mineur émancipé « ne
« pourra en commencer les opérations, ni être réputé
« majeur quant aux engagements par lui contractés
« pour les faits de commerce: 1^o s'il n'a été préalable-
« ment autorisé par son père, ou par sa mère en cas
« de décès, interdiction ou absence du père, ou à
« défaut du père et de la mère, par une délibération
« du conseil de famille, homologuée par le tribunal
« civil; 2^o si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été
« enregistré et affiché au tribunal de commerce du
« lieu où le mineur veut établir son domicile ».

Quel sera le consentement que devra rapporter le mineur émancipé dont les parents sont divorcés? A notre connaissance la jurisprudence ne présente pas de décision sur cette question.

L'autorisation de faire le commerce ne concerne plus le droit de garde, ni le droit d'administration puisque ces deux attributs de la puissance paternelle ont disparu par le fait de l'émancipation. Il semble que cette autorisation se rattache plus particulièrement aux droits de puissance paternelle entendus dans le sens large qu'ils ont pendant la majorité. Il eût été à souhaiter que le législateur ait déterminé

de la même façon que pour l'autorisation au mariage, le consentement nécessaire et suffisant, d'autant plus qu'il prévoit les cas d'absence ou d'interdiction.

Il nous semble que chacun des deux époux a le droit de donner cette autorisation parce qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de puissance paternelle de l'autre conjoint. Pour le cas où ce dernier s'y opposerait, il pourrait assigner son ancien conjoint devant le tribunal pour y déduire les motifs de son refus et faire ordonner le retrait de l'autorisation du mineur. Le tribunal trancherait le conflit en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant.

Mais nous pensons que d'après l'esprit de la jurisprudence qui a interprété dans un sens très large le droit de garde, il faudrait décider que c'est à l'époux à qui la garde a été confiée que l'on doit reconnaître le droit d'autoriser le mineur à faire le commerce.

La tutelle *officiuse* est une institution d'une nature toute spéciale qui s'applique aux mineurs de moins de 15 ans et qui est le préliminaire de leur adoption (art. 361 C. civ. et suiv.).

C'est une véritable tutelle ; elle concerne par conséquent la *personne* et les *biens* de l'enfant. Elle entraîne pour le tuteur officieux l'obligation de nourrir, d'élever le pupille, de le mettre en état de gagner sa vie (art. 364 C. civ.), et lorsqu'il a des biens la charge de les administrer (art. 365).

Lorsque des parents consentent à ce qu'un étran-

ger prenne leur enfant sous sa tutelle officieuse, ils abandonnent une partie des droits de puissance paternelle sur sa personne et sur ses biens (1).

La loi exige donc pendant le mariage l'autorisation du père et celle de la mère (art. 361). Le concours des deux parents sera nécessaire à notre avis en cas de divorce.

1. Nous renvoyons à ce que nous avons dit au chapitre III, 3^e partie, section I, au sujet de l'adoption.

CHAPITRE II

PARTICULARITÉS LORSQUE LA GARDE EST CONFÉE A LA MÈRE

Le jugement de divorce lorsqu'il confie la garde de l'enfant à la mère, produit un changement complet dans la situation de la femme. Désormais c'est elle et non plus le mari qui a un rôle actif, tandis que, au cours du mariage, toutes les décisions étaient prises en dernier ressort par le mari. Ses pouvoirs sont d'autant plus étendus que la jurisprudence a étendu dans de très larges proportions le droit de garde, ainsi que l'étude que nous en avons faite dans les chapitres précédents l'a fait ressortir.

Mais en réalité, étant donné qu'il est admis que le divorce a pour effet de rendre à chacun des parents des droits égaux de puissance paternelle, tout ce que nous avons dit du père dans les chapitres précédents s'applique à la mère gardienne.

Une difficulté cependant, analogue à celle que nous avons rencontrée en étudiant le droit d'émancipation, pourrait se présenter pour le droit de correction.

Nous avons vu au chapitre II que le droit de correction était un droit d'une nature spéciale, une institution de la loi, qui porte le nom de droit, mais qui constitue en fait une très grave atteinte à la puissance paternelle.

Le droit de correction demeure en cas de divorce, entre les mains du père, quelle qu'ait été l'issue de l'instance. La mère qui a la garde ne puisse donc pas dans ce droit celui de faire incarcérer son fils. Or, si le père qui n'a pas obtenu la garde conserve le droit de correction, il peut indirectement enlever à la femme son droit de garde en faisant incarcérer son fils. Il est facile de répondre à cette objection. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que le jugement de divorce est la charte des époux divorcés, de même que le contrat de mariage était leur loi durant le mariage. Aucun acte ne pourra donc être fait par l'un des époux allant à l'encontre d'une situation réglée par le jugement de divorce. Si donc le tribunal a réglé la garde en la confiant à la femme, le père ne pourra la lui enlever que par une décision du tribunal décidant que des circonstances nouvelles s'étant produites, il y a lieu de modifier la garde. Le jugement de divorce a acquis l'autorité de la chose jugée : aucune autre voie que celle que nous venons d'indiquer ne pourra

modifier le jugement de divorce. Le père ne pourra donc pas obtenir l'incarcération de son fils lorsque le jugement de divorce aura confié à la mère la garde.

Le droit de correction se trouve donc absolument paralysé dans le cas particulier que nous venons de citer, puisque la mère n'a jamais entre ses mains l'exercice du droit de correction.

CHAPITRE III

SITUATION JURIDIQUE DE L'ENFANT LORSQUE LA GARDE EST CONFIÉE A UN TIERS

Après le divorce, l'exercice conjoint de la puissance paternelle ne peut être réalisé que dans le cas où la garde est confiée à un tiers. En effet, dans les situations que nous avons examinées aux chapitres précédents, l'époux gardien exerce sur l'enfant un pouvoir prépondérant. Or, lorsque la garde est confiée à un tiers, chacun des époux exerce des droits égaux sur l'enfant, droits qui sont réservés par l'article 303 C. civil : « Quelle que soit la personne à laquelle les
« enfants seront confiés, les père et mère conserve-
« ront respectivement le droit de surveiller l'entretien
« et l'éducation de leurs enfants... »

Le droit de surveillance seul est accordé à chacun des deux époux. Mais ici ce droit, qui en général est presque annihilé, prend plus d'importance que dans le cas où la garde est confiée à l'un des époux. En

revanche le droit du tiers doit être interprété dans un sens restreint.

On dit communément que « le droit de garde » est confié à un tiers. À notre avis cette expression est impropre. En effet l'article 302 dit : « Les enfants « seront confiés... » (1), il ne s'agit pas de conférer à un tiers des droits sur un enfant. Le Tribunal le lui confie, c'est-à-dire prescrit qu'il habitera chez ce tiers et non chez ses parents, lui donnera les soins matériels dont il a besoin, et s'occupera de son éducation. En quelque sorte, c'est une charge qui est imposée au tiers, et un droit négatif qui lui est conféré à l'encontre des parents, auxquels il est fait défense de le troubler dans sa mission.

On ne pourrait donc appliquer au tiers gardien l'interprétation large qu'a fait du droit de garde la jurisprudence relativement à l'époux gardien.

Il arrive souvent, d'ailleurs, que le tribunal confie la garde à l'un des parents, mais dit que l'enfant sera confié à ses grands parents maternels, par exemple. Il se peut en effet que le père ne puisse à cause de ses occupations donner des soins assidus à un enfant jeune que sa mère, à cause de sa conduite déréglée, n'entourerait pas de la sollicitude dont il a besoin. En

1. L'article 357 du Code pénal (loi du 5 décembre 1901) est ainsi conçu : « Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur.... »

ce cas, la situation ne présente pas de particularité. Ajoutons qu'elle est fréquente, car il est rare que l'un et l'autre époux soient privés de la garde.

Lorsque l'enfant est confié à un tiers des difficultés continuelles se présentent lorsque les attributions de ce tiers n'ont pas été établies par le Tribunal.

En effet, quel sera le représentant légal du mineur, quel sera l'administrateur légal ?

Il paraît certain que le tiers gardien, s'il n'en a été spécialement chargé par le jugement, n'administre pas les biens du mineur. En tous cas il n'a pas qualité pour le représenter en justice. A qui dès lors les tiers qui voudront traiter avec lui devront-ils s'adresser ? En la personne de qui l'assigneront-ils ?

Les auteurs qui pensent que le père conserve après le divorce l'exercice des droits qu'il avait pendant le mariage, sauf ceux qui lui ont été retirés par le jugement de divorce, décident que le père continue à représenter son enfant mineur.

Nous pensons que le mineur ne sera représenté d'une façon complète que par ses deux parents, puisque nous admettons qu'ils exercent conjointement la puissance paternelle. Le tiers qui voudra traiter avec lui devra donc s'assurer le concours du père et de la mère, s'il veut l'assigner, il devra délivrer une copie à chacun d'eux. A notre connaissance il n'y a pas de jurisprudence sur cette question. Cependant, il nous semble que l'on peut déduire cette solution d'une

espèce différente dans laquelle la jurisprudence s'est prononcée. Nous avons cité plus haut (1) un jugement de la Cour de Grenoble du 24 juillet 1900 (2) duquel il résulte que, la mère puise dans la puissance paternelle dont elle est investie le droit de faire au nom de ses enfants mineurs interdire son ancien conjoint, auquel cependant l'exercice du droit de garde et d'administration légale avaient été conférés par le tribunal. Ne peut-on en conclure *à fortiori* que lorsque la garde est confiée à un tiers c'est à chacun des époux qu'appartient le droit de représenter l'enfant mineur ?

Quel sera dès lors le sort de l'acte dans lequel le mineur n'aura été représenté que par l'un de ses deux parents. L'assignation délivrée à l'un seulement d'eux sera-t-elle mal délivrée ?

Il nous semble qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que le tiers a connu la situation ou qu'il l'a ignorée. En effet, la procédure de divorce contient des mesures de publicité qui sont destinées à faire connaître la situation aux tiers. L'acte fait dans de pareilles conditions peut être annulé, s'il a été fait en fraude des droits du mineur. Mais la nullité ne pourra en être demandée que par l'époux qui n'a pas été consulté. Ce dernier pourra saisir le tribunal, qui tranchera le conflit, au mieux des intérêts de l'enfant.

1. 3^e Partie, section II, chapitre I.

2. D. 1901. 2 121.

Cette solution présente un inconvénient pour le mineur, c'est qu'elle rend difficile les relations vis-à-vis des tiers. Mais c'est le fait des relations avec tout mineur. Il n'est pas douteux aussi que le divorce rend la situation de l'enfant à beaucoup de points de vue plus mauvaise que pendant le mariage.

La conséquence de la solution que nous avons adoptée est que le mineur a sa *résidence* chez le tiers gardien et *deux domiciles*.

Certains auteurs cependant ont prétendu que le domicile de l'enfant serait chez le tiers gardien (1). Mais l'analyse que nous avons faite plus haut de la garde entre les mains d'un tiers, ne rend pas cette solution possible. Aussi reculant devant la dualité du domicile, certains auteurs, bien qu'admettant que la puissance paternelle appartient après le divorce aux deux parents conjointement, ont conclu que le domicile de l'enfant était chez son père (2). Mais cette solution nous paraît reposer sur un intérêt pratique, mais non sur des arguments juridiques.

1. Willequet. *Divorce*, p. 270.

2. Vraye et Gode, II, p. 250.

QUATRIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRE ESSENTIELLEMENT RÉVOCABLE DES MESURES RELATIVES AUX ENFANTS

Exécution provisoire. — Voies de recours.

Les mesures édictées par la décision définitive qui a prononcé le divorce d'entre les époux règlent le sort des enfants au mieux de leurs intérêts. Mais l'appréciation des juges est basée sur des éléments très divers tels que, nous l'avons vu plus haut, l'âge des enfants, la conduite des parents, leur situation, leur genre de vie, leur profession, leur résidence, etc. Ces éléments sont susceptibles de se modifier et par conséquent,

l'intérêt des enfants de changer également. Il importe donc que ces mesures édictées par les juges du divorce soient toujours susceptibles d'être révoquées et modifiées au mieux des intérêts des mineurs. Le code n'a pas disposé d'une façon formelle que les Tribunaux pourraient toujours apporter des modifications aux dispositions relatives aux enfants, par eux prises dans les décisions antérieures.

Ce fut l'œuvre de la jurisprudence ; mais il ne faut pas s'y tromper, la jurisprudence ne décida pas que les décisions relatives aux enfants n'acquiescent jamais l'autorité de la chose jugée.

Les tribunaux ne se reconnaissent pas le droit de modifier une décision définitive antérieure, si des circonstances nouvelles, ne sont pas intervenues, de nature à mériter un changement (1).

Mais il était d'une impérieuse nécessité pratique

1. Chambéry, 18 février 1908. *Droit* du 20 mars 1908 :
« Attendu que les mesures prescrites par un jugement de
« divorce ayant un caractère essentiellement provisoire, peuvent
« toujours être modifiées lorsque les *circonstances nouvelles* le
« commandent, mais qu'il est non moins certain qu'en cette
« matière le juge ne doit jamais s'inspirer que du seul intérêt
« de l'enfant ». Bruxelles, 12 décembre 1906. Jugement du tri-
« bunal du 6 avril 1907 : « Attendu que sous ce rapport, il y a lieu
« d'ordonner les mesures ci-après qui pourront toujours être
« rapportées, si l'événement réussit à démontrer qu'elles sont
« incompatibles pour le bon accomplissement de la mis-
« sion.... »

dans l'intérêt même de l'enfant de décider que les tribunaux pourraient toujours modifier les mesures provisoires. C'est ce qu'a fait notamment un arrêt de cassation du 4 juillet 1893 (1) :

« Attendu que les mesures prises par un jugement « de divorce ou qui en ont été la suite, en ce qui concerne la garde des enfants, ont un caractère *essentiellement provisoire et toujours révocable* ».

Il est également d'une nécessité pratique incontestable d'ordonner l'exécution provisoire des décisions relatives aux enfants. Bien que la loi n'ait pas prescrit d'une façon très nette, cette exécution provisoire, la jurisprudence la fait résulter des articles 238 et 240, ainsi que les motifs d'un arrêt de la Cour d'Alger du 15 avril 1907 (2) l'exposent.

« Attendu que le Tribunal ordonna l'exécution provisoire de ce jugement ;

« Attendu qu'après avoir relevé appel, à la date du 2 mars, de S... a présenté une requête en défense pour s'opposer à l'exécution provisoire qu'il prétend avoir été ordonnée ;

« Attendu que la Cour n'a pas à se prononcer sur

1. D. 94. 1. 23. *Idem.* Cass., 24 nov. 1903. *Le Droit* du 22 mars 1904. Civ. rej. 15 déc. 1896. D. 97. 1. 420. Paris, 17 juillet 1886. D. 87. 2. 211 ; Grenoble, 30 juillet 1901, D. 03. 2. 61. Rouen, 7 juin 1899. D. 02. 287.

2. *Le Droit* du 12 juillet 1907) — *Idem.* Paris, 21 janv. 1895, D. 95. 2. 167.

« l'opportunité des mesures prescrites par le juge-
« ment du 16 février, dont elle n'aura à s'occuper
« que sur l'appel interjeté le 2 mars ; que la seule
« question sur laquelle elle ait à statuer en l'état
« consiste à rechercher si l'exécution provisoire a
« été ordonnée dans les cas ou hors des cas prévus
« par la loi ;

« Attendu que de S... soutient que l'article 240 du
« Code civil servant de fondement à la décision entre-
« prise n'a pas disposé que l'exécution provisoire
« devait ou pouvait être ordonnée ;

« Mais attendu que cette disposition a déjà été ins-
« crit dans l'article 238, lequel, après avoir indiqué
« les mesures provisoires, que le juge conciliateur a
« la faculté d'ordonner, ajoute que ces mesures peu-
« vent être modifiées ou complétées, en cours de
« l'instance, par jugement du Tribunal, lorsqu'il est
« saisi ; que l'article 240 confirme et augmente même
« le pouvoir conféré au Tribunal par l'article 238,
« puisque, en plus des décisions qu'il lui permet de
« prendre provisoirement dans l'intérêt des enfants,
« il lui enjoint aussi de statuer sur les demandes d'ali-
« ments, sur les provisions et sur toutes les autres
« mesures urgentes ;

« Attendu qu'il eut été superflu de réitérer dans
« l'article 240 les prescriptions déjà édictées dans
« l'article 238 au sujet de l'exécution provisoire des
« mesures ordonnées ; qu'en effet on ne saurait refu-

« ser au Tribunal entier un pouvoir que la loi a conféré au juge conciliateur ;

« Attendu que c'est donc le cas de reconnaître que
« tant en ce qui concerne la garde des enfants, qu'en
« ce qui touche à la pension alimentaire pendant le
« procès, ainsi qu'à la provision *ad litem*, l'exécution
« provisoire a été ordonnée dans les cas prévus par
« la loi ; que par suite, il ne doit pas être accordé
« défenses ;

Nous avons d'ailleurs dans la deuxième partie de cette étude, traité longuement de l'exécution provisoire des mesures prises au cours de l'audience, nous renvoyons donc à cette deuxième partie.

Nous renvoyons également à cette seconde partie pour ce qui concerne *l'appel* et le *pourvoi en cassation*, afin de ne pas nous exposer à des redites (1).

1. Deuxième partie, ch. 4, p. 53.

CHAPITRE II

REMARIAGE DE L'UN DES ÉPOUX AVEC UN TIERS OU DES ÉPOUX DIVORCÉS ENTRE EUX

I. Remariage de l'un des époux avec un tiers : 1^o Remariage du père ; 2^o remariage de la mère. — II. Remariage des époux divorcés entre eux. — Les articles 1098 et 1099 C. civ. sont-ils applicables ?

L'une des raisons qui ait poussé le législateur à rétablir le divorce a été d'éviter les situations irrégulières fournies par la séparation de corps et de permettre aux époux de convoler en d'autres noces.

Le remariage peut avoir lieu soit avec un tiers soit entre les anciens époux divorcés qui reprennent la vie commune, et leur mariage devient indissoluble.

Quelles sont au point de vue de la situation des enfants les conséquences de ces nouveaux mariages ?

I — Mariage de l'un des époux avec un tiers.

Cet événement est de ceux qui *peuvent* être de nature à faire modifier les mesures prises à l'égard des enfants par le Tribunal. A ce point de vue le pouvoir d'appréciation est absolu (1).

Cela se conçoit facilement. Le remariage constitue l'usage d'une faculté normale qui ne saurait entraîner de plein droit le retrait du droit de garde ou du droit de visite pour l'époux qui userait de cette faculté.

En ce qui concerne le *remariage du père*, la jurisprudence nous offre peu de décisions. Néanmoins le Tribunal d'Auxerre, dans un jugement du 8 mars 1905, après avoir confié au père pendant les six premiers mois de l'année et à la mère pendant les six autres mois la garde de l'enfant, a retiré au père cette garde pour les raisons suivantes :

« Attendu que par son second mariage, G. qui a
« cessé de cohabiter avec ses parents, a introduit à
« son foyer une femme étrangère à l'enfant, et dont
« les intérêts sont nécessairement avec ceux de la
« mère dans un état d'antagonisme qui s'accuse encore
« du fait de la grossesse de la dame G. Qu'on ne sau-
« rait imposer à l'épouse divorcée la cruelle obligation
« de partager les droits de garde de son enfant, non

1. Auxerre, 8 mars 1905 (*Droit* du 8 avril 1905).

« seulement avec celui qui fut son époux, mais en fait
« avec celle qui a pris sa place au foyer conjugal ; Que
« l'intérêt de l'enfant actuellement âgé de 18 ans s'y
« oppose ; que son séjour dans un milieu nécessaire-
« ment hostile à sa mère aurait une fâcheuse réper-
« cussion sur l'unité de direction de son éducation ;
« qu'il serait de nature à jeter le trouble dans ses sen-
« timents filiaux en le soumettant périodiquement à
« des influences rivales et dissolvantes. Qu'il résulte
« des renseignements fournis au Tribunal, que dès
« maintenant, cédant aux impulsions naturelles de
« son cœur, il manifeste une vive répugnance à
« demeurer au foyer paternel et refuse sa tendresse à
« l'étrangère qu'il y trouve installée » (*Le Droit* du
8 avril 1905).

Plus nombreuses en effet sont les décisions relatives
au *remariage de la femme*.

La loi du 15 décembre 1904 a abrogé l'article 298
du C. civ. qui défendait que dans le cas de divorce
admis en justice « pour cause d'adultère, l'épouse
« coupable ne pourra jamais se marier avec son com-
« plice ».

Sous l'empire de cette disposition dont on paralysait
souvent l'effet en ayant soin de ne pas mentionner le
nom du complice dans la procédure, la jurisprudence
décidait que le seul fait du remariage, ne saurait, par
le motif qu'il aurait été contracté au mépris des pro-
hibitions de l'article 298, entraîner la modification des

dispositions du jugement qui a prononcé le divorce par lesquelles ont été réglés les rapports de la femme divorcée avec ses enfants (1).

La jurisprudence décide actuellement encore que ce seul fait ne saurait faire réduire ni supprimer les visites et séjours des enfants auprès de leur mère.

« Considérant, est-il dit dans un arrêt rendu par la
« 8^e Chambre de la Cour de Paris sous la présidence
« de M. le Président Bonnet le 9 mai 1906, que le
« second mariage de la dame M... était autorisé par la
« loi du 16 décembre 1904 dont l'article unique a
« expressément abrogé l'article 298 du Code civil ;
« qu'il a mis fin à une situation irrégulière ; que ce
« n'est donc que par une méconnaissance absolue de la
« loi et une injuste appréciation des choses, qu'il serait
« possible de déduire d'un fait en soi légal et correct
« une conséquence défavorable au droit de l'appelante
« de voir ses enfants ».

Néanmoins il résulte des circonstances de la cause que la nouvelle situation de la mère nécessite dans l'intérêt de l'enfant la modification des mesures édictées précédemment, le Tribunal statuant au mieux de ses intérêts (2).

1. Paris 1^{re} Ch. 24 juillet 1887, D. 88. 2. 64. Voir également Trib. de la Seine, 30 déc. 1908 cité plus haut 3^e partie, sect I, chap I.

2. Cherbourg 1^{re} Chambre, 18 février 1908 (*Droit* du 20 mars 1908). « Attendu que le 1^{er} juillet 1907 la dame B. a

Nous avons mentionné plus haut, une opinion que nous avons écartée, et d'après laquelle après la disso-

« contracté un second mariage et qu'elle réside actuellement
« avec son nouveau mari à Moret-s.-Loing (Seine-et Marne) :
« qu'en raison de l'éloignement qui ne lui permet plus d'exer-
« cer son droit de visite dans les conditions prévues par le juge-
« ment du 5 juin 1898, elle demande à recevoir son fils pen-
« dant la moitié des vacances scolaires.

« Attendu que c'est dans son seul intérêt et en raison de sa
« nouvelle condition que la dame B. demande une modification
« aux mesures prescrites par le jugement susdaté ; que sans
« doute cette demande pourrait être accueillie si *l'intérêt de*
« *l'enfant que le juge doit avoir principalement en vue d'assu-*
« *rer*, ne s'y opposait pas ; mais qu'il est certain que ce serait
« au grand dommage de cet enfant qu'il serait enlevé pendant
« un temps plus ou moins long à l'existence calme qu'il mène
« chez son père pour être transporté loin de lui dans une mai-
« son où il serait soumis à des influences étrangères et dans un
« lieu où il serait soustrait à cette direction morale que le Tribu-
« nal a voulu attribuer exclusivement au père ».

Il nous paraît intéressant de rapporter ici les motifs d'un juge-
ment rendu par le Tribunal civil de la Seine après des débats
retentissants, le 30 déc. 1908 :

« Attendu que pour apprécier le mérite de la demande for-
mée par de C., le Tribunal doit rechercher si, depuis le juge-
ment qui a confié les enfants à leur mère, des faits nouveaux
seraient survenus rendant la dame de S. désormais indigne
d'en conserver la garde ;

« Attendu que le principal, sinon l'unique grief relevé par
de C. à la charge de la dame de S. réside dans son nouveau
mariage dont il a attendu la célébration pour introduire sa
demande ;

« Attendu, sans doute, que la nouvelle union contractée par
un époux divorcé ayant la garde de ses enfants mineurs n'a pas

lution du mariage par le divorce, la tutelle s'ouvre ; les partisans de cette opinion pourraient prétendre

en principe et par elle-même pour conséquence de le priver de ce droit de garde ;

« Qu'il appartient toutefois au Tribunal de rechercher si Hélie de S., qui est devenu le chef du nouveau foyer que s'est créé la défenderesse, et qui désormais est en contact quotidien avec ces jeunes enfants, n'exerce pas sur leur éducation, comme le soutient de C., une influence nuisible nécessitant dans *leur intérêt, le seul dont le Tribunal ait à se préoccuper*, la modification des mesures précédemment prises ;

« Attendu que, quelques fâcheuses qu'aient été dans le passé les défaillances d'Hélie de S., quelles qu'aient été depuis le prononcé du divorce les erreurs et les inconséquences de la dame de S., il est constant toutefois que les faits articulés par de C. et dont il est superflu d'ordonner la preuve sont tous antérieurs à la nouvelle union, à l'exception de six dénués de pertinence ;

« Attendu que depuis ce mariage, qui a mis fin à une situation irrégulière, aucun fait dont ait pu s'alarmer la pudeur des enfants n'a été relevé, ni même articulé, soit à la charge d'Hélie de S. soit à celle de la dame de S., justifiant qu'Hélie de S., exercerait sur eux une influence pernicieuse ou que la dame de S. serait devenue indigne de la confiance que lui avait accordée le Tribunal en 1906 ;

« Attendu qu'il n'apparaît pas, ainsi que Georges G., frère et conseil judiciaire de la dame de S., l'estime lui-même en demandant le maintien de la garde à sa sœur, qu'actuellement le plus grand intérêt de ces enfants encore jeunes, dont la santé et l'éducation ne paraissent pas avoir souffert du régime familial, commande de les soustraire à la tendresse maternelle pour les confier, soit au père, soit à la grand'mère ;

« Qu'il n'apparaît pas davantage qu'il y ait danger à ce qu'ils

qu'en cas de second mariage de la femme, le mari de cette dernière, aurait pour le cas où la garde lui aurait été confiée été nommé co-tuteur. Nous n'insistons pas sur cette opinion qui est de la plus haute fantaisie (1).

II. — Remariage des époux divorcés entre eux.

Les époux divorcés peuvent se remarier à moins, dit l'article 295, que l'un ou l'autre ait, postérieurement au divorce contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce.

En ce cas la situation des enfants devient ce qu'elle était précédemment au cours du premier mariage. Les mesures prises par le Tribunal à leur égard tombent

continuent à demeurer sous la garde de leur mère, à la condition toutefois d'accorder au père un droit étendu de contrôle et de prendre pour l'avenir des mesures de précaution à l'égard des deux aînés, qu'il est nécessaire de soumettre au régime bien-faisant d'une vie calme et régulière, tout en leur donnant une éducation virile ;

« Attendu, au surplus, que le maintien de la garde à la dame de S. ne constitue qu'une mesure essentiellement provisoire, susceptible de modifications ultérieures, suivant l'intérêt et les besoins de ces enfants ;

« Qu'elle devrait être immédiatement modifiée si, par le fait des époux de S., dont le devoir est de conserver une tenue digne des enfants qui vivent sous leur toit, l'éducation morale et physique de ceux-ci venait à être mise en péril... »

1. Voir à ce sujet, Vraye et Gode, p. 244.

de plein droit et le père exerce seul désormais toutes les prérogatives de la puissance paternelle.

Certains auteurs (1) se sont demandés, si, dans le cas qui nous occupe, il n'y aurait pas lieu d'appliquer les articles 1098 et 1099 du Code civil qui réduit en cas de second mariage la quotité disponible entre époux au profit des enfants du premier mariage. Il faut observer que ces articles sont destinés à éviter les inconvénients du second mariage dans lequel il arrive que la deuxième femme, qui souvent est beaucoup plus jeune que son mari et qui manifeste parfois des sentiments hostiles à l'égard des enfants d'un autre lit cherche à se faire avantager au détriment de ces derniers. Il ne semble donc pas qu'il y ait lieu d'appliquer les articles 1098 et 1099, la situation n'étant pas identique puisqu'il n'y a pas de premier et de deuxième lit.

1. Vraye et Gode, p. 254.

CHAPITRE III

ALIÉNATION MENTALE ET INTERDICTION DE L'UN DES PARENTS

1° La garde est confiée à l'époux sain d'esprit. — 2° La garde est confiée à l'époux qui est frappé d'aliénation mentale ou d'interdiction. — 3° La garde est confiée à un tiers : *a*) Aliénation de ce tiers ; *b*) Aliénation de l'un des père ou mère.

Les droits de puissance paternelle supposent la jouissance, chez ceux qui les exercent, de la plénitude de leurs droits. C'est ainsi que le condamné à une peine afflictive et infamante est déchu de ses droits sur ses enfants. Il y a lieu d'examiner quel est le résultat de *l'aliénation mentale* ou de *l'interdiction* de l'un des parents dans ses rapports juridiques avec l'enfant.

Trois situations peuvent se présenter selon que la garde — et par conséquent l'administration puisque la jurisprudence décide que l'administration suit la

garde — appartiennent à l'époux devenu aliéné, ou qu'elle appartient à son conjoint, ou qu'elle appartient à un tiers.

Si la garde appartient au conjoint demeuré sain d'esprit, rien à notre avis ne sera changé, car la situation de l'aliéné non interdit — frappé d'une incapacité, qui actuellement est presque entièrement assimilé à celle de l'interdit — sont des états temporaires, qui peuvent à un moment indéterminé disparaître. On ne pourrait donc pas se baser sur le fait de l'interdiction pour organiser la tutelle des enfants de l'interdit. Par conséquent la décision du Tribunal établissant la situation des enfants continue à produire ses effets.

Notons en passant que la Cour de Grenoble dans son arrêt du 24 juillet 1900 précité (1) a décidé que « la mère divorcée puise dans la puissance paternelle « dont elle a pour sa part l'exercice et dans le mandat de protection dont elle est investie envers son « enfant un titre suffisant pour poursuivre en justice, en vertu de l'article 490 du C. civ. l'interdiction de son ancien mari au nom et dans l'intérêt de l'enfant ».

Nous déciderons également que l'aliénation mentale reste sans effet sur la situation des enfants lorsque la garde a été confiée à un tiers.

1. D. 1901. 2. 121.

Mais il peut se faire que ce soit l'*époux gardien* qui devienne *aliéné non interdit ou interdit*.

En ce cas il semble à première vue que, le conjoint gardien devenant incapable d'exercer la puissance paternelle, l'autre époux doit de plein droit lui être substitué dans cet exercice. On pourrait être tenté de croire que ce cas doit être assimilé au cas où l'époux gardien vient à décéder. La Cour de cassation (1) a décidé ainsi que nous le savons, que lorsque celui des époux à qui la garde a été confiée, meurt, le survivant prend de plein droit sous sa dépendance son enfant, en vertu de la puissance paternelle dont il est investi, alors qu'il n'a subi ni déchéance, ni destitution. — Dans une note mise en suite de l'arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1892 précité, M. de Loynes raisonne de la façon suivante : « La disposition de
« l'art. 302 s'explique par le désir du législateur de
« prévenir ou de résoudre le conflit auquel peut
« donner naissance l'existence du père et de la mère
« investis d'une autorité commune pour l'accomplis-
« sement d'un devoir commun. De cette prémisse nous
« déduirons la conséquence suivante : du moment où
« tout conflit est impossible, du moment où il n'y a
« plus communauté de devoir et d'autorité, l'arti-
« cle 302 doit cesser de recevoir son application ».

1. Cass., 13 avril 1884, D. 85. 1. 40. *Id.* 24 juin 1892, D. 93.
2. 81.

Il semble que ce raisonnement s'adapte exactement à notre hypothèse.

Cependant la jurisprudence — à juste titre selon nous — en a décidé autrement. La Cour de Paris, dans un arrêt du 19 juillet 1906 (1), confirmant en le motivant en droit un jugement du Tribunal de la Seine du 23 novembre 1905, a décidé que : « Considérant que B. prétend que dame G. son épouse divorcée se trouvant actuellement internée à l'asile de Villejuif, pour cause d'aliénation mentale, la garde de l'enfant mineure issue de leur mariage, qui lui avait été enlevée par le jugement de divorce, lui fait retour de plein droit et que l'article 302 du Code civil ne saurait plus, en l'espèce, recevoir son application ;

« Mais considérant qu'*aux termes de l'article 372 du Code civil, le père et la mère sont investis conjointement de la puissance paternelle ; que si durant le mariage, le père seul exerce cette autorité, le divorce en rompant le lien conjugal a pour effet de restituer à la mère des droits égaux à ceux du père ; qu'en vue de prévenir les conflits entre les époux divorcés, relativement au droit de garde des enfants mineurs issus du mariage, l'article 302 dispose : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le Tribunal sur la demande de la famille*

1. *Le Droit* des 3, 4, 5 septembre 1906.

« ou du Ministère public, n'ordonne, pour le plus
« grand avantage des enfants, que tous ou quelqués-
« uns d'entre eux, seront confiés aux soins, soit de
« l'autre époux, soit d'une tierce personne ;

« Qu'il en résulte que, *toutes les fois qu'il y a contes-*
« *tation entre les époux divorcés* au sujet de la garde
« des enfants, le législateur a voulu — sans faire
« exception au cas où l'un d'eux se trouverait atteint
« d'aliénation mentale — qu'il soit statué par le juge
« pour le plus grand avantage des enfants.

« Or considérant que C. ès-qualités de mandataire
« *ad litem*, de dame G. aliénée non interdite, inter-
« née à l'asile de Villejuif s'oppose à ce que la garde
« de l'enfant mineure issue du mariage des époux
« B. G. soit confiée au père ; qu'il demande qu'elle
« soit confiée à dame R. grand-mère maternelle de
« l'enfant ; qu'il résulte des renseignements produits
« à la Cour qu'il est de l'intérêt bien entendu de
« l'enfant qu'il soit fait droit à la demande de C.
« ès-qualités, sous réserve du droit de visite du père,
« qui pourra s'exercer chaque dimanche de deux à
« six heures du soir » ;

Nous pensons que cet arrêt est conforme au droit.

En appel sans doute, il ne peut y avoir par l'aliéné
contestation sur l'exercice de la puissance paternelle,
droit essentiellement attaché à la personne, qu'aucun
représentant ne peut exercer à sa place, mais il n'y a
qu'un seul événement qui dessaisisse le Tribunal de

son rôle protecteur de l'enfant de parents divorcés, c'est la mort de l'un des parents. A ce moment-là en effet, d'autres garanties viennent sauvegarder les intérêts de l'enfant. Mais tant que les deux parents sont vivants, les tribunaux seuls ont qualité pour statuer de la garde de l'enfant.

D'autre part, ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, l'état d'aliénation mentale et d'interdiction sont essentiellement temporaires.

Se fondant sur les motifs que nous avons rapportés plus haut, l'arrêt de la Cour de Paris refusait de confier au père, qui la demandait, la garde, et la confiait à la grand-mère maternelle.

Cet arrêt ne fait que suivre les tendances actuelles de la jurisprudence qui tend à diminuer les droits de puissance des parents et à en réglementer l'exercice dans l'intérêt des enfants.

Lorsque *la garde de l'enfant est confiée à un tiers*, l'aliénation mentale peut frapper ce tiers. Une nouvelle décision de justice viendra pourvoir à son remplacement. Il peut se faire également que cette incapacité frappe l'un des époux. Etant donnée la solution, que nous avons adoptée plus haut en vertu de laquelle le Tribunal reste toujours le seul juge de l'intérêt de l'enfant, ce changement de capacité ne sera pas de nature à modifier les mesures relatives à l'enfant.

Le tiers demeurera donc investi du droit de garde,

jusqu'à ce que des circonstances nouvelles viennent
fournir au Tribunal des motifs pour apporter des
modifications au droit de garde.

CHAPITRE IV

DES CAUSES D'EXTINCTION DES MESURES ÉDICTÉES PAR JUSTICE RELATIVES A L'ENFANT

I. Causes d'extinction inhérentes aux parents : 1^o Décès des parents. Ouverture de la tutelle; 2^o la déchéance de la puissance paternelle; 3^o leur condamnation à une peine afflictive et infamante. — II. Causes d'extinction inhérentes aux enfants : 1^o Décès de l'enfant; 2^o la majorité; 3^o son émancipation.

Les causes d'extinction des mesures établies par le Tribunal peuvent être inhérentes aux parents et à l'enfant.

Les causes d'extinction inhérentes aux parents sont les suivantes :

Le remariage des époux entre eux. La nullité de la transcription du jugement de divorce. Le décès des parents. La déchéance de la puissance paternelle prononcée contre eux. Leur condamnation à une peine afflictive ou infamante.

Les causes d'extinction inhérentes aux enfants sont :

Le *décès de l'enfant*. Sa *majorité* et, dans une certaine mesure, son *émancipation*.

Le *remariage* des époux divorcés entre eux de même que la *nullité de la transcription de divorce* ont pour effet de faire revivre le mariage. Les effets du divorce relatifs aux enfants tombent donc d'eux-mêmes. Il ne saurait s'élever de difficultés sur ce point.

Il est logique d'admettre que le *décès de l'un des parents* ne produit pas un effet différent à l'égard de l'enfant lorsque cet événement se manifeste au cours du mariage, ou qu'il se produit après que l'union a été précédemment dissoute par le divorce.

En effet lorsque l'un des parents vient à disparaître, la loi établit un système de protection pour l'enfant : la tutelle qui semble devoir s'appliquer tout naturellement, cependant certains auteurs ont soutenu que le jugement qui réglait le sort des enfants continuait à produire ses effets, même après la mort de l'un des époux.

La question s'est posée lorsque *l'époux décédé avait la garde*, elle pouvait se poser également lorsque *la garde était confiée à un tiers*.

Dès 1884 la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 août, trancha la question en matière de séparation de corps (1). La Cour pose d'abord le principe que

1. D. 85. 140. *Id.*, Charleroi, 18 juin 1890. *Gazette Trib.*

nous avons exposé plus haut : « Vu les articles 302, « 272 et 390 C. civ. :

« Attendu que le décès du père investit la mère « survivante de la puissance paternelle et de la tutelle « à l'égard de leurs enfants mineurs ».

La Cour expose ensuite que la situation nouvelle faite aux enfants a été réglée par la loi avec des garanties suffisantes pour que l'enfant n'ait pas à en souffrir. « Que la loi a d'ailleurs pourvu au danger que pourrait présenter l'exercice soit de la tutelle, soit de la « puissance paternelle, en fournissant à la famille les « moyens d'en faire exclure ou destituer les personnes indignes ou incapables ».

Nous pourrions nous en tenir là car les motifs de la Cour de cassation étaient suffisamment précis pour que la question parût définitivement tranchée. Il n'en était rien.

En 1891, la Cour de Poitiers à nouveau approuve le principe (1) ; le père avait été destitué de la tutelle et l'on demandait que la garde lui fût enlevée. La Cour décida que la destitution de la tutelle n'entraînerait pas la déchéance de la puissance paternelle qui

26 octobre 1890. Paris, 25 juin 1892, S. 93. 2. 228. Paris, 30 novembre, 1^{er}, 6 et 15 décembre 1898. *Le Droit* du 1^{er} janvier 1899.

1. Poitiers, 21 juillet 1890, D. 94. 2. 77.

ne pouvait être prononcée que dans les cas prévus par la loi de 1889 (1).

La Cour de Paris maintint cette jurisprudence dans un arrêt du 24 juin 1892 dont nous allons parler.

Une femme divorcée, afin d'éviter les effets de cette jurisprudence avait, dans son testament, exprimé le vœu que son fils, dont la garde lui avait été confiée, fût remis à ses grands parents maternels. Ces derniers agirent contre le père pour réclamer la garde à leur profit. Ils furent déboutés de leur demande, non seulement pour les raisons que nous avons exprimées ci-dessus, mais encore, parce que d'une part les droits de puissance paternelle sont des droits personnels et intransmissibles, et que d'autre part les grands-parents n'ont droit qu'à un droit de visite sur leurs

1. Attendu que les appelants ne peuvent opposer à G. soit le jugement du 11 janvier 1886 dont les effets se sont évanouis avec la dissolution même de son mariage, ni la destitution de la tutelle dont il a été l'objet, cette destitution n'ayant point entraîné en droit la déchéance de la puissance paternelle. Que leur demande incidente tendant à ce que la garde et la surveillance de l'enfant lui soient enlevées pour leur être confiées à eux-mêmes et en cas de décès au survivant d'eux est mal intervenue, motif justement relevé par le Tribunal ; que la doctrine sur laquelle cette demande est formée se trouve aujourd'hui en opposition avec la loi de 1889 laquelle a constitué les seules règles de fond et de procédure qui puissent être désormais suivies pour soustraire l'enfant aux abus de la puissance paternelle.

petits-enfants qui ne saurait faire échec à la garde et aux autres attributs de la puissance paternelle.

Le Tribunal de la Seine néanmoins résista à la jurisprudence de la Cour de cassation. Il rendait le 6 avril 1896 (1) un jugement longuement motivé dans lequel il destituait de la tutelle un père, après le décès de la mère à qui la garde avait été confiée par le jugement prononçant la séparation de corps, et confiant à la grand'mère la garde de la fille mineure.

Les motifs du jugement sont : *l'intérêt de l'enfant et la divisibilité de la puissance paternelle.*

La puissance paternelle selon le Tribunal est établie avant tout dans l'intérêt de l'enfant. On ne peut donc admettre d'abord que cette puissance nuise à l'enfant. Or il y a de nombreux cas qui ne sont pas prévus par la loi de 1889 parce qu'ils ne sont pas de nature à entraîner la déchéance totale de la puissance paternelle, et qui rendent nécessaires dans l'intérêt de l'enfant la destitution de certains attributs de la puissance paternelle.

C'est pourquoi le Tribunal affirme que la jurisprudence établie avant la loi de 1889 n'a pas été supprimée par cette loi et que la puissance paternelle est toujours divisible.

Nous avons étudié plus haut la question de savoir si la puissance paternelle est divisible ou indivisible.

1. D, 99. 2. 57.

Quels que puissent être les inconvénients qui en résultent, la jurisprudence décide que la loi de 1889 a eu pour résultat de fixer le droit dans le sens *de l'indivisibilité*. Aussi le jugement du Tribunal de la Seine a été repoussé par la 1^{re} Chambre de la Cour de Paris dans un arrêt du 15 décembre 1898 (1).

A la vérité l'article 302 du Code civil, qui en cas de divorce des parents donne pleins pouvoirs aux Tribunaux pour statuer sur la garde des enfants au mieux des intérêts de ceux-ci, ne peut plus recevoir son application lorsque l'un des époux est décédé; dans cette hypothèse l'enfant ne peut pas être confié à un tiers. C'est ce qu'exprime M. de Loynes de la façon suivante :
« La disposition de l'article 302 s'explique par le
« désir du législateur de prévenir ou de résoudre le
« conflit auquel peut donner naissance l'existence du
« père et de la mère investis d'une autorité commune
« pour l'accomplissement d'un devoir commun. De
« cette prémisse nous déduirons la conséquence suivante : du moment où tout conflit est impossible,
« du moment où il n'y a plus de communauté de
« devoir et d'autorité, l'article 302 doit cesser de recevoir son application » (2).

A la vérité cette jurisprudence s'adapte moins aux nécessités de la pratique que l'ancienne. Il n'est pas

1. D. 99. 2. 57.

2. D. 93. 2. 81. Paris, 24 juin 1892.

douteux que l'intérêt de l'enfant voulait dans les espèces que nous avons examinées, qu'il fût confié à ses grands-parents. Mais on pourrait objecter également que dans certains cas, même pendant le mariage d'époux, dont l'inconduite est notoire, il serait aussi de l'intérêt des enfants d'être confiés à leurs grands-parents. Quoi qu'on fasse, le principe de la puissance paternelle n'a pas encore été effacé du code ; et quelles que soient les tendances de la jurisprudence pour le diminuer et l'amoindrir entre les mains des parents, il importe que les Tribunaux en assurent le respect.

Ouverture de la tutelle. — La conséquence la plus immédiate de la mort de l'un des époux est l'ouverture de la tutelle. La tutelle sera organisée de la même façon que si les époux eussent été mariés au moment du décès de l'un d'eux. Mais on s'est demandé quel était le lieu d'ouverture de cette tutelle. Le lieu d'ouverture de la tutelle est déterminé par le domicile du mineur. Durant le mariage ce domicile se confond avec le domicile conjugal.

En matière de divorce quel est le domicile de l'enfant ? Nous avons examiné cette question plus haut. Le domicile du mineur est le lieu de son principal établissement, et parmi les éléments qui constituent ce principal établissement, il peut y avoir la garde ; mais la garde, au sens strict de ce mot, qui dans l'esprit de la loi (art. 302) signifie à notre avis la garde de la per-

sonne, ne constitue à elle seule que la résidence de l'enfant — l'enfant mineur est un incapable, et celui qui représente sa personnalité juridique est *l'administrateur légal*. Le véritable domicile du mineur sera donc celui de l'époux qui exerce l'administration légale.

La jurisprudence étendant la portée de l'article 302 admet que lorsque les tribunaux confient la garde de l'enfant à l'un des époux, ils le chargent par le fait même de l'administration légale. Le lieu d'ouverture de la tutelle sera donc déterminé par le domicile de l'époux gardien (1).

La *déchéance de la puissance paternelle* a pour effet de priver celui des parents qui en est frappé des droits que la puissance paternelle lui confèrent sur l'enfant. Si donc l'époux déchu avait obtenu la garde, cette garde lui est enlevée avec toutes ses conséquences. Il n'a même plus le droit de réclamer un droit de visite. Si la garde avait été confiée à l'autre époux, l'époux déchu perd par le fait même son droit de surveillance et son droit de visite.

La *condamnation à une peine afflictive et infamante* produit les mêmes effets.

1. Auxerre, 10 janv. 1901, D. 01. 2. 389: « Attendu que le domicile du mineur est déterminé par celui des époux à la garde duquel il est confié et qui a en même temps l'administration de sa fortune ».

Parmi les causes d'extinction des mesures édictées par justice *inhérentes à l'enfant*, une seule va nous retenir un instant : *sa mort*.

Il semble *a priori* que la mort de l'enfant soit bien l'événement le plus radical qui mette fin aux mesures édictées en sa faveur. — Et cependant la question s'est posée de savoir si ces mesures ne subsistaient pas après cet événement, et si l'époux qui avait obtenu la garde ne conservait pas après la mort de son enfant le droit de disposer seul de son corps. Telle était la question qui était posée au Tribunal de Chartres et qui fut solutionnée le 27 mars 1890 (1) par le jugement dont nous rapportons les motifs.

« Attendu que la demanderesse, épouse divorcée de
« M. suivant jugement du Tribunal en date du
« 15 janv. 1886, demande que le corps de l'enfant,
« issu de leur union, soit inhumé dans un terrain
« neutre au cimetière de Chartres, offrant de contri-
« buer à toutes les dépenses nécessitées par l'inhuma-
« tion.

« Attendu que M. résiste à cette demande par ce
« motif que le jugement de divorce lui avait confié la
« garde de l'enfant, ajoutant qu'il prétend user de
« cette disposition pour faire inhumer le corps de
« l'enfant dans un caveau de famille.

« Attendu que le jugement précité, bien que rom-

1. Chartres 27 mars 1890. *Gaz. Palais*, 29 avril 1890.

« pant tout lien entre la mère et l'enfant, imposant à
« celle-ci une obligation, celle de contribuer à l'en-
« tretien de l'enfant, et par contre lui réservait un
« droit, celui de le voir à des époques et sous des con-
« ditions déterminées : que par le fait même du décès
« de l'enfant le motif tiré des nécessités de son édu-
« cation disparaît et avec lui la situation privilégiée
« créée au profit de M...

« Attendu dès lors qu'il y a lieu de s'en référer aux
« principes naturels, qui en imposant au père et à la
« mère les mêmes obligations au regard de l'enfant,
« *confèrent par réciprocité à chacun d'eux des droits*
« *égaux* ; qu'on chercherait vainement quelle raison
« de préférence le mari, dont le droit ne dérive que
« d'une présomption légale basée sur la fidélité de
« l'épouse, pourrait invoquer contre la mère sur le
« fruit même de ses entrailles ».

« Par ces motifs »,

« Ordonne que le corps du jeune Julier sera inhumé
« dans un terrain neutre ».

Le jugement expose très sagement que les droits de chacun des parents sur l'enfant sont égaux. Il semble se baser sur ce motif pour donner gain de cause à la mère qui n'avait pas la garde, contre le père qui l'avait obtenue. Et c'est en quoi la décision du Tribunal de Chartres paraît manquer de logique. Mais il est vrai que dans l'espèce la logique était celle de Salomon et elle eût manqué de décence. Par bonheur

l'une des parties proposait l'inhumation dans un terrain neutre. Cette solution était bien tentante pour des esprits hésitants, et pour des esprits prévenus elle s'imposait. Qu'il nous soit permis de faire observer que les magistrats de Châtres, auraient pu trouver dans le mode d'éducation de l'enfant un motif très solide de leur décision. Ils se seraient ainsi conformés à la préoccupation constante du législateur de faire passer le droit de l'enfant avant les droits des parents ou de l'un d'eux. Or il est légitime que l'enfant soit placé après sa mort dans une sépulture conforme aux idées et aux croyances dans lesquelles il a été de son vivant élevé.

VU :

Le Président et Doyen,

CH. LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES.

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

Rapports juridiques des parents et des enfants pendant le mariage.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Du lien de filiation</i>	15
De la personnalité de l'enfant. — Nature du lien de filiation. — Problème posé par le divorce. — OEuvre du Code.	15
CHAPITRE II. — <i>Devoirs des parents. Leurs droits.</i>	21
I. — Devoirs des parents : 1° relatifs à la personne ; 2° relatifs aux biens	21
II. — Droits des parents. Nature de la puissance paternelle, ses caractères : incessibilité et indivi- sibilité. — Ses attributions pendant la minorité et pendant la majorité : 1° Droits sur la personne ; 2° droits sur les biens ; 3° attributs concernant à la fois la personne et les biens	21

DEUXIÈME PARTIE

Situation juridique de l'enfant pendant l'instance en divorce.

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — <i>De la garde.</i>	38
CHAPITRE II. — <i>Personnes qui peuvent provoquer les mesures provisoires</i>	44
I. — En conciliation : les époux ; le président . . .	44
II. — Pendant l'instance : les époux ; les membres de la famille ; le ministère public ; le Tribunal d'office.	44
CHAPITRE III. — <i>De la compétence ratione personæ.</i> Juge compétent. — Moment où doit être soulevée l'exception. — Juge compétent pour statuer sur l'incident. — Nature du préliminaire de concilia- tion.	48
CHAPITRE IV. — <i>De la compétence ratione materiæ et des voies de recours</i>	53
Pouvoirs du Président conciliateur. — Incompé- tence du Juge des référés. — Appel. — Pouvoirs du Tribunal. — Conflit entre les pouvoirs du Tribunal et de la Cour statuant sur l'appel de l'ordonnance du Président. — Pourvoi en Cas- sation. — Caractère révocable des mesures pro- visoires	53
CHAPITRE V. — <i>Sanction des mesures provisoires rela- tives aux enfants.</i>	65
Délit de la loi du 5 décembre 1901.	65
Difficulté en cas d'opposition ou d'appel . . .	65

TROISIÈME PARTIE

Du divorce et de la puissance paternelle.

	Pages
<i>1^{re} opinion</i> : Après le divorce, la tutelle s'ouvre. —	
<i>2^e opinion</i> : La puissance paternelle continue à appartenir au père seul. — <i>3^e opinion</i> : La puissance paternelle est exercée concurremment par les deux époux. — <i>4^e opinion</i> : La puissance paternelle appartient à l'époux à qui la garde est confiée. — Discussion de ces diverses opinions .	71

SECTION I. — De la personne de l'enfant.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Du droit de garde</i>	82
Définition. — Sa nature d'après l'esprit de la loi.	
— Œuvre de la jurisprudence. — Droit de visite.	
— Droit de surveillance. — Choix du gardien.	
— Intérêt de l'enfant. — Pouvoir d'appréciation des tribunaux. — Garde confiée au père, à la mère, à un tiers.	82
CHAPITRE II. — <i>Rapports des parents divorcés et de l'enfant pendant sa minorité</i>	96
Garde. — Education. — Correction. — Engagement dans l'armée	96
CHAPITRE III. — <i>Rapports des parents divorcés et de l'enfant pendant sa majorité</i>	107
Mariage de l'enfant. — Adoption	107
CHAPITRE IV. — <i>De la contribution des époux divorcés</i>	

	Pages
<i>aux frais de garde, d'entretien et d'éducation de l'enfant</i>	115
Nature de l'obligation alimentaire. — Est-elle solidaire, indivisible ? Rapports entre les parents et l'enfant. — Rapports des parents entre eux. — Rapports des parents et des tiers. — Rapports des parents et du tiers gardien	115
CHAPITRE V. — <i>Du délit de non-représentation d'enfant (loi du 5 décembre 1901)</i>	130
<i>Sanctions civiles</i> : Saisie des revenus de la femme. — Dommages-intérêts. — Astreintes. — Force publique. <i>Sanction pénale</i> : Loi du 5 décembre 1901. — Délit d'enlèvement. — Délit de non-représentation. — Le délit ne s'applique pas au droit de visite. — Caractère du délit : Est-il continu ou successif ? — Y a-t-il des cas d'excuse ?	130
 <i>SECTION II. — Des biens de l'enfant.</i> 	
CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'administration légale</i> . . .	143
Examen des diverses opinions : 1 ^o L'administration et confiée à un tuteur ; 2 ^o le père conserve l'administration légale ; 3 ^o l'administration suit le sort de l'usufruit légal ; 4 ^o l'administration suit la garde. — Examen et discussion de la jurisprudence	143
CHAPITRE II. — <i>De quelques questions relatives à l'administration et à la jouissance légales</i> : 1 ^o Pouvoirs de l'administrateur légal ; 2 ^o Nomination d'un administrateur <i>ad hoc</i> ; 3 ^o Domicile de l'enfant	155
CHAPITRE III. — <i>De la jouissance légale</i>	167

	Pages
CHAPITRE IV. — <i>Reconnaissance et légitimation d'enfants naturels</i>	171
Leur effet relativement aux biens des enfants issus du mariage (art. 337)	171
 <i>SECTION III. — Concernant à la fois la personne et les biens de l'enfant.</i>	
CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'émancipation et de la tutelle officieuse</i>	177
Nature de l'émancipation. — Pouvoirs pour émanciper. — Nécessité d'une double autorisation. — Opinion des auteurs, de la jurisprudence. — Autorisation de faire le commerce. — Tutelle officieuse	177
CHAPITRE II. — <i>Particularités lorsque la garde est confiée à la mère</i>	191
CHAPITRE III. — <i>Situation juridique de l'enfant lorsque la garde est confiée à un tiers</i>	193

QUATRIÈME PARTIE

Modification et extinction des mesures relatives aux enfants.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Caractère essentiellement révocable des mesures relatives aux enfants</i>	199
Exécution provisoire. — Voies de recours	199
CHAPITRE II. — <i>Remariage de l'un des époux avec un tiers ou des époux divorcés entre eux</i>	204
I. Remariage de l'un des époux avec un tiers :	

	Pages
1 ^o Remariage du père ; 2 ^o remariage de la mère. — II. Remariage des époux divorcés entre eux. — Les articles 1098 et 1099 C. civ. sont-ils appli- cables ?	204
CHAPITRE III. — <i>Aliénation mentale et interdiction de l'un des parents</i>	212
1 ^o La garde est confiée à l'époux sain d'esprit. — 2 ^o La garde est confiée à l'époux qui est frappé d'aliénation mentale ou d'interdiction. — 3 ^o La garde est confiée à un tiers : a) aliénation de ce tiers ; b) aliénation de l'un des père ou mère	212
CHAPITRE IV. — <i>Des causes d'extinction des mesures édictées par justice relatives à l'enfant</i>	219
I. Causes d'extinction inhérentes aux parents : 1 ^o Décès des parents. Ouverture de la tutelle. 2 ^o La déchéance de la puissance paternelle. 3 ^o Leur condamnation à une peine afflictive et infamante. — II. Causes d'extinction inhérentes aux enfants : 1 ^o Décès de l'enfant. 2 ^o La majorité. 3 ^o Son émancipation	219

